Die

Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B.

auf die

abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Erich Heise,
Kammergerichtsreferendar.

Berlin 1902.
Druck von Wilhelm Pilz, Berlin N.O., Landsbergerstrasse 108.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0064

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Litteraturverzeichnis VII

A. Einleitung.

Begriff und Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte 1

B. Ausführung.

Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. und der entsprechenden Sätze des gemeinen Rechts auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts 11

I. Die Sätze des gemeinen Rechts, welche entsprechen . . 11
a) dem § 134 11
b) dem § 138 14

II. Die einzelnen abstrakten Rechtsgeschäfte 17
a) im römischen Recht 17
b) im gemeinen und preussischen Recht 20
c) im Bürgerlichen Gesetzbuch 25

III. Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. und die entsprechenden Sätze des gemeinen Rechts auf die abstrakten Rechtsgeschäfte 30
a) Das abstrakte Rechtsgeschäft und seine Beziehung zur *causa* 30
1. Die fehlerhafte *causa* macht den abstrakten Akt nichtig 31
α) im gemeinen Recht 31
β) im B.G.B. 33
2. Die gegen die Verbotsgesetze und die Sittlichkeit verstossende *causa* hat auf die *ipso iure* Gültigkeit des abstrakten Aktes keinen Einfluss 36
α) im gemeinen Recht 36
β) im heutigen Recht 42

Seite

a) Die gegnerische Ansicht von der Nichtigkeit des abstrakten Aktes 42
b) Widerlegung dieser Ansicht und Begründung der eigenen von der *ipso iure* Gültigkeit des abstrakten Aktes 46
a I) Im allgemeinen. Gegen sie spricht 46
1. § 817 46
2. die Bereicherungsklagen überhaupt 48
3. die selbständige Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte 51
4. § 134 selbst in Verbindung mit § 817 . . . 55
5. § 138 Abs. 2 57
6. die Rücksicht auf den Vermögensverkehr . . 59
7. die bisherige Praxis und Wissenschaft besonders in Bezug auf den Wechsel 60
8. die herrschende Meinung 62
a II) Im besonderen für das Sachenrecht 64
b) Das abstrakte Rechtsgeschäft an sich ohne Rücksicht auf die *causa* bestrachtet 73
1. Im römischen und gemeinen Recht 74
2. Im heutigen Recht 75
α) in Bezug auf den § 134 75
β) in Bezug auf den § 138 79
c) Die den Mitkontrahenten und dritten Personen gegenüber zulässigen Einreden in Bezug auf die §§ 134, 138 81

C. Schluss.

Die Tragweite des § 138 B.G.B. und die schwierige Aufgabe des Richters 90

Lebenslauf 95

Litteraturverzeichnis.

Ackermann, Ueber das Verhältnis des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde (B.G.B. §§ 780—782, 364, 812—822) in Gruchots Beiträgen Bd. 44 1900 S. 573—592.

Allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung Wien 25. Jahrg. 1888; 48. Jahrg. 1897; 49. Jahrg. 1898; 51. Jahrg. 1900.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann. Berlin.

Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben früher von Fitting, Renaud, Windscheid, Heidelberg; jetzt von Franklin, Mandry, Rümelin, Wendt, Bülow und von Kohlhaas. Tübingen, Freiburg und Leipzig.

Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund 3. Aufl. Leipzig 1894.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 1 Erlangen 1876, Bd. 2 1884.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. 1 Weimar 1886, Bd. 2 1889.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs systematisch dargestellt. Breslau 1899.

Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B., Kommentar zum B.G.B. Bd. 3 Berlin 1898.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. Erlangen 1879.

Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Staudinger Erlangen 1899 Bd. 64.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht und B.G.B. Ing. Diss. Berlin 1900.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, Berlin 1. Aufl. 1897, 2. Aufl.

Bülow, Das Geständnisrecht, ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg, Leipzig, Tübingen 1899.

Cohn, Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des B.G.B. in Gruchots Beiträgen 41. Jahrg. 1897 S. 784—797.

Collatz, Zum Recht des B.G.B., Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung in Iherings Jahrb. Bd. 40 1899 S. 127 fg.

— Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, ein Beitrag zum Recht des B.G.B. 1899 Berlin.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. für das Deutsche Reich. Jena 3. Aufl. 1900.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 Tübingen und Leipzig 1900.

Denkschrift zum Entwurf des B.G.B.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens Bd. 2, 1 1899, Bd. 2, 2 1901, Bd. 3 1898 Halle.

— Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs Bd. 1 Aufl. 5 Halle 1894, Bd. 2 1897.

— Pandekten 6. Aufl. 1900.

Dilloo, Die Quittung im Recht und Verkehr Ing. Diss. Berlin 1895.

Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 2. Ausgabe Berlin 1898.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts; Einführung in das Studium des B.G.B. 7. Aufl. 1900.

— Ueber die civilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht Leipzig 1887.

W. Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 2 Leipzig 1887.

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des B.G.B. Marburg 1900 2. Aufl. 1901.

Entwurf des B.G.B. für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Fischer, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess in zwanglosen Heften herausgegeben Bd. 2 Jena 1899.

Fischer-Henle, B.G.B. Handausgabe mit erläuternden Anmerkungen in Verbindung mit Ebert und Schneider herausgegeben 2. Aufl. München 1898.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht auf der Grundlage des Werkes von Förster bearbeitet von Eccius Berlin 7. Aufl. 1896.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des B.G.B. für das Deutsche Reich 2. Aufl. (unverändert) Berlin 1899.

Fuld, Recht und Moral im neuen Gesetzbuche in den Blättern für Rechtsanwdg. Bd. 64 1899.

Gareis, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Allgemeiner Teil Berlin 1900.

Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts Berlin 1845.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt 2. Aufl. Berlin 1901.

Grabscheid, Unerlaubte Rechtsgeschäfte nach Oesterreichischem Rechte mit Bezugnahme auf das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch in der Allg. Oester. Gerichtsztg. 51. Jahrg. 1900 Nr. 46 ff.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte Berlin 1887.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel, Eccius Berlin.

Grünhut, Wechselrecht Leipzig 1897, in Bindings systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.

— Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut Wien Bd. 21 1894.

Hachenburg, Das B.G.B. für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1897 2. Aufl. 1900.

Haidlen, B.G.B. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten Stuttgart 1897.

Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. Berlin Bd. 3 1. Aufl. 1897 Bd. 4 1899/1900, Bd. 5 1901.

Hellmann, Vorträge über das B.G.B. für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte nach Deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs Leipzig 1899.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B. München 1900.

Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht 1881.

Huysinga, Schuld und Schuldursache *(causa)* Amsterdam 1901.

Immelen, Das Schuldversprechen nach dem gemeinen Recht und dem B.G.B. Ing. Diss. (Erlangen) Aachen 1899.

Isay, Die Willenserklärung im Thatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich Jena 1899 in Fischers Abhandlg.

Jakobi, Recht, Sitte und Sittlichkeit. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen B.G.B. in Iherings Jahrb. Bd. 41 Jena 1900.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts Jena.

Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Eine Kritik der in den Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrage Berlin 1892.

Kipp, Der Parteiwille unter der Herrschaft des Deutschen B.G.B. Rede beim Antritt des Protektorats der Universität Erlangen am 4. November 1899 Erlangen.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. Seine Herleitung und Anwendung Breslau 1901.

Koch, Anerkennungsvertrag und *cautio indiscreta* in Kochs Vorträgen und Aufsätzen hauptsächlich aus dem Handels- und Wechselrecht Berlin 1892 S. 47—66.

Kohler, Der dingliche Vertrag, Archiv für bürg. R. Bd. 18 S. 1 ff.

— Der Ehemakellohn. Studie zum B.G.B. II Archiv f. bürg. R. Bd. 12 S. 317—336.

— Die Ideale im Recht. Archiv f. bürg. R. Bd. 5 S. 161 ff.

Kretzschmar, Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften der Grundbuchordnung und der sächsischen Ausführungsvorschriften (Schluss) im sächs. Arch. Bd. 11 1901 S. 145—206.

Krückmann, Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 B.G.B. Archiv f. bürg. R. Bd. 13 S. 1 ff.

Kuhlenbeck, Das B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze Bd. 1 Berlin 1899.

— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts.

XXIII. Das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft.

XXIV. Rechtsgeschäfte gegen gesetzliches Verbot, insbesondere Veräusserungsverbote

in der juristischen Wochenschrift 25. Jahrg. Berlin 1896 S. 221 ff. 263 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Teil 1 Berlin 1898.

Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft Berlin 1900; in der Guttentagschen Sammlung, Das Recht des B.G.B in Einzeldarstellungen Band X.

Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und des preussischen allgemeinen Landrechts Berlin 1900.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen Braunschweig 1840.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht Leipzig 1896.

Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze systematisch zusammengestellt 4. Aufl. von Geib. Freiburg Leipzig Tübingen 1898.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band 1 Berlin 1899 3./4. Auflage 1900.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse Kommentar zum 2. Buch des deutschen B.G.B. Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich amtliche Ausgabe Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. für das Deutsche Reich 2. Aufl. Berlin 1900.

Oberneck, Das Reichsgrundbuch für die Praxis bearbeitet von Dr. G. Oberneck Berlin 1900.

Oehlschläger, Die Vindikation der gegen ein gesetzliches Verbot veräusserten Sache durch den Veräusserer. Diss. Göttingen 1892.

Oertmann, Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde in der Deutschen Juristen-Zeitung Berlin 1902 Nr. 5 S. 105—108.

— Das abstrakte Geschäft im Deutschen B.G.B. in der Allg. Oesterr. Gerichtsztg. Bd. 48 1897 Nr. 32 S. 249—253.

Oertmann, Kommentar zum B.G.B. Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1899.

— Rezension von Kindel „Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund“ in Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 1894 S. 738—750.

Oppenheim, Verbotswidrig abgeschlossene Handelsgeschäfte Diss. Göttingen 1891.

Otto, Ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlungen nach dem B.G.B. im sächs. Arch. Bd. 9 Leipzig 1899.

Puchta, Pandekten.

Planck, B.G.B. nebst Einführungsgesetz erläutert Bd. 1 1897 Bd. 2 1900 Berlin.

Ravit, Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen im Arch. f. civ. P. Bd. 58 S. 1 ff. Heidelberg 1875.

Rehbein, Allgemeine Deutsche Wechselordnung mit Kommentar in Anmerkungen Berlin 1900.

— Das B.G.B. mit Erläuterungen Berlin 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes Leipzig.

Regelsberger, Pandekten Bd. 1 Leipzig 1893; in Bindings systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft I T. 1.

Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Breslau Bd. 1 1883.

— XI. Anerkennung als Verpflichtungsgrund im gemeinen und preussischen Rechte S. 257—334.

v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht Berlin 1864.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess Leipzig Bd. 9 1899 Bd. 11 1901.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 3 Berlin 1840 Bd. 4 1841.

Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse für das Deutsche Reich 1897.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. für das Deutsche Reich Berlin 1897; in der Guttentag-Sammlung, das Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen Bd. 4.

— Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil München 1900.

Schröder, Zur Lehre von den gesetzlichen Veräusserungsverboten Heidelberg 1875.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Sohm, Institutionen Leipzig 1898.

Staffel, Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrage im sächs. Arch. Bd. 9 Leipzig 1899.

Staub, Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung 3. Aufl. (unverändert) 1899 (2. Aufl. 1896) 4. Aufl. 1901.

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

— Kommentar zur Wechselordnung 4. Aufl. 1901.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 4. Sachenrecht, erläutert von Kober München 1898.

Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung Wien 1898.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts von Stobbe, neu bearbeitet von Lehmann Berlin 3. Aufl. 1898.

Strecker, Die Allgemeinen Vorschriften das B.G.B. über Rechte an Grundstücken Berlin 1898; in der Guttentagschen Sammlung, das Recht des B.G.B in Einzeldarstellungen Bd. 7.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich in Iherings Jahrb. Bd. 27 Jena 1899.

Szkolny und Caro, B.G.B. für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz erläutert Berlin 1899.

Thöl, Handelsrecht Bd. 2. Wechselrecht 4. Aufl. Leipzig 1878.

Tränkerner, Einzelne Schuldverhältnisse II 7. Titel 1—23 im sächs. Arch. Bd. 9 1899.

Turnau, Das Liegenschaftsrecht Bd. 1. Das Sachenrecht des B.G.B. für die Praxis bearbeitet von Turnau und Förster Paderborn 1900.

Ubbelohde, Zum B.G.B. II. Die klaglosen Schuldverhältnisse des B.G.B. in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 216 ff.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1869.

Voigt, Ueber die *condictiones ob causam* und über *causa* und *titulus* im allgemeinen Leipzig 1862.

Weyl, Das Verschulden und die verwandten Begriffe im B.G.B. im Arch. f. bürg. R. Bd. 14 S. 148.

Weyl, Vorträge über das B.G.B. für Praktiker München Bd. 1 1898 Bd. 2 1900.

Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. von Kipp Frankfurt a. M. 1900.

Wurzel, Die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlungen gegen die gesetzlichen Veräusserungsverbote Diss. Erlangen 1901.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt, Hahn, Keyssner, Laband und Pappenheim Stuttgart Bd. 38, 41.

Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechts in der Allg. Oesterr. Gerichtsztg. Bd. 25 1888.

— Das Recht des B.G.B. Allgemeiner Teil Leipzig 1900.

A. Einleitung.

Begriff und Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte.

In jedem empirisch einheitlichen Vermögensgeschäft kann man zwei Willensbestandteile unterscheiden: Der eine ist gerichtet auf eine Vermögensverschiebung[1]) zwischen den Kontrahenten, der andere auf das, was *causa* oder Zweckbestimmung von der herrschenden Auffassung genannt wird[2]) z. B. darauf, zu schenken, Darlehen zu geben, eine Schuld zu bezahlen u. s. w.,[3]) also um die freilich nicht einwandsfreie Kategorie von Zweck und Mittel zu verwenden, der eine gerichtet auf das juristische Mittel, der andere auf den Zweck. Diese Unterscheidung trifft bei allen Rechtsgeschäften zu und ist bei allen Völkern zu allen Zeiten in jeder Kulturepoche immer die gleiche. Es gehört nun mit zu den eminentesten weltrechtlichen Entdeckungen des römischen Rechts, diese beiden Willens-

[1]) Minderung auf der einen — Mehrung auf der andern Seite.

[2]) Vgl. für diese Formulierung auch Kipp S. 10, S. 25 A. 40 und die dort Zitierten, dazu Eck S. 122 f.

[3]) *causa* (vielfach auch Rechtsgrund genannt) im subjektiven Sinne, d. h. ein innerer psychologischer Vorgang in der Seele des handelnden Menschen. Damit ist nicht zu verwechseln *causa* im objektiven Sinne, d. h. ein äusserer gesetzlich normierter Thatbestand, an dem die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen anknüpft. Vgl. hierüber Klingmüller bes. S. 4 ff., 8 ff., 116, vgl. auch S. 23.

bestandteile unterschieden, ihre faktische Vereinigung in jedem Rechtsgeschäft rechtlich aufgelöst und von einander getrennt zu haben.[1])

In fast sämtlichen obligatorischen Verträgen des gemeinen Rechts wie des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind nämlich diese Willensbestandteile nicht bloss faktisch, sondern auch rechtlich vereinigt. Die *causa* ist ein untrennbarer Bestandteil des Geschäfts. Deshalb müssen auch in Bezug auf sie alle Geschäftserfordernisse vorliegen. Die Vermögensverschiebung tritt nur ein, wenn auch der Zweck gewollt und erklärt ist und eintritt, und ist andernfalls nichtig.[2]) Wenn z. B. *A* dem *B* 1000 Mark für ein am 1. April 1902 ihm zu übergebendes Pferd verspricht, so ist aus dieser Parteivereinbarung ersichtlich, dass die Entstehung der Zahlungsverpflichtung von der Rechtsbeständigkeit und Erfüllung des ihr zu Grunde liegenden Kaufvertrages über das Pferd abhängig ist. Der rechtliche Zweck ist hier ein *essentiale negotii.*[2]) Das Kaufgeschäft ist in seiner Gültigkeit von ihm völlig abhängig. Ist also die *causa* unmöglich, unsittlich, unerlaubt, oder haben sich die Parteien über sie nicht geeinigt, so ist das Geschäft nichtig. Da die Parteiabsicht bei jedem Geschäft auf die Vermögensverschiebung und den Zweck geht, so entspricht ihr diese Gestaltung der Rechtsgeschäfte. Sie ist daher die natürliche.[2]) Bildet nun, wie in dem oben erwähnten Beispiel, die *causa* einen integrierenden Bestandteil des Rechtsgeschäfts, so dass die Erreichung des Zweckes für die Existenz und den Inhalt der Verpflichtung massgebend ist, so nennen wir das Rechtsgeschäft kausal.

Die beiden in den kausalen Geschäften unauflöslich vereinigten Bestandteile eines jeden Rechtsgeschäfts, von

---

[1]) **Zitelmann S. 210.**

[2]) **Matthiass 3. Aufl. I S. 224.**

denen der eine auf die Vermögensverschiebung, der andere auf die *causa* gerichtet ist, haben, wie gesagt, die Römer zuerst getrennt und von der *causa* völlig unabhängige, selbständig verpflichtende Rechtsgeschäfte gebildet.

So ist z. B. in dem Schuldversprechen: „Am 1. April 1902 verspreche ich Herrn *X* 1000 Mk. zu zahlen", nur der Willensinhalt der Vermögensverschiebung verkörpert, aber nicht ist aus diesem Versprechen zu ersehen, warum es gegeben wurde. Selbstverständlich bestand auch für die Ausstellung dieses Schuldversprechens irgend ein Grund. Denn sonst wäre ein solcher Akt „ein sinn- und gedankenloses Handeln",[1]) ein „Akt wissenloser, wie im Traume handelnder Personen"[2]) und käme als juristisches Handeln gar nicht in Betracht. Für jedes Rechtsgeschäft ist daher ein solcher Bestimmungsgrund, der den Handelnden zur Vornahme des Rechtsgeschäfts bestimmt, eine „psychologische Notwendigkeit".[3])

Die Rechtsordnung kann sich nun aber, wie es auch bei den Römern geschah, mit dem — psychologisch-unverständlichen — Inhalt des obigen Schuldversprechens begnügen. Ebenso wie sie bei dem kausalen Rechtsgeschäft das ebenfalls immer vorhandene Motiv (Beweggrund), z. B. die Vorstellung des Gewinns bei dem Abschluss eines Kaufvertrages, grundsätzlich in das rechtlich unerhebliche Gebiet verweist, so lässt sie hier ausserdem noch die Zweckvorstellung, die bei dem kausalen Geschäft noch einen untrennbaren wesentlichen Bestandteil bildet, fallen

---

[1]) Gneist S. 122; Hellwig S. 270; Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 193 und bes. Klingmüller S. 36 f. und dort A. 1 Zitierte; ferner Zitelmann B.G.B. S. 129; Crome I S. 327 f., 333 A. 9; Huysinga S. 66 ff.

[2]) Liebe S. 124; Bähr S. 8.

[3]) Bähr l. c.; vgl. hiergegen Salpius S. 215. Wie oben schon Cicero s. Windscheid-Kipp § 318a.

und verweist sie in dasselbe rechtlich unerhebliche Gebiet, wie das Motiv.[1])

Dadurch, dass sie so in einem künstlichen Abstraktionsprozess das Kausalmoment analytisch ausscheidet, bewirkt sie eine sehr erhebliche Vereinfachung und Durchsichtigkeit des Thatbestandes:[2]) es wird erreicht, „dass bei dem Urteile über den nächsten Erfolg eines solchen Rechtsgeschäfts nur gefragt werden darf, ob die Parteien die Verpflichtung des Schuldversprechens, des Wechsels, den Eigentumsübergang u. s. w. gewollt haben, nicht aber, zu welchem Zweck; noch weniger, ob der Zweck erreicht ist".[3])

Solche Geschäfte nun, die in ihrer Gültigkeit von ihrem Zweck unabhängig sind, bei denen also die Vermögensverschiebung auch eintritt, wenn der Zweck nicht oder nichtig gesetzt wird oder unwirksam ist oder wird,[4]) nennen wir im Gegensatz zu den kausalen Rechtsgeschäften von der *causa* „abgezogene" oder „abstrakte Rechtsgeschäfte".[5])

Für kausales Rechtsgeschäft sagt man auch materiales, materielles[6]) oder individuell charakterisiertes[7]) und für abstraktes auch formales, formelles[6]) oder reines[7]) Rechtsgeschäft oder auch einfaches Versprechen[8]) oder Summen-

---

[1]) Klingmüller S. 33, 37, 46; Goldmann-Lilienthal I S. 117.

[2]) Vgl. Ihering, Geist III, 1 S. 206 ff., 209; Bähr S. 21 f.; Klingmüller S. 37, 48 ff., 52, 56 ff., 62; Matthiass, 3. Aufl. I S. 224; Enneccerus 2. Aufl. S. 241.

[3]) Regelsberger, Pand. I S. 608; Klingmüller S. 37.

[4]) Matthiass l. c.

[5]) Vgl. auch noch über den Unterschied von kausalen und abstrakten Geschäften Crome I S. 330 ff.; Enneccerus 2. Aufl. I, 1 S. 240 ff.; Zitelmann B.G.B. S. 132; Klingmüller a. a. O., ferner S. 71, 83 ff., 116 f.; Goldmann-Lilienthal I, 1 S. 136; Hachenburg 2. Aufl. S. 319; Heilfron III S. 360.

[6]) Brinz II, 1 S. 139[26].

[7]) Windscheid-Kipp § 319 S. 293.

[8]) Liebe S. 73.

versprechen.[1]) Doch sind alle diese anderen Ausdrücke mit Ausnahme des Gegensatzes reines und individuell charakterisiertes Rechtsgeschäft mehr oder weniger missverständlich und daher die anderen vorzuziehen.[2])

Diese Trennung der juristischen Existenz von Mittel und Zweck ist von ungeheurer Wichtigkeit. Denn auf der einen Seite steht die leicht zählbare Reihe juristischer Mittel – jede Vermögensverschiebung ist nämlich auf die Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines subjektiven Rechts gerichtet —, auf der andern Seite die bunte Mannigfaltigkeit der möglichen *causae*. Stellt man nun je eines der möglichen Mittel mit je einer der möglichen Zweckbestimmungen zusammen, so entstehen die empirisch einheitlichen Rechtsgeschäfte. Durch diese Trennung von Zweck und Mittel ist man nun im stande, das ganze ungeheure Gebiet der Rechtsgeschäfte zu beherrschen. Ja, man kann mit Zitelmann[3]) ruhig sagen, dass „es eine Leistung war, wie die, dass man, um schreiben zu können, das Wort in seine Lautelemente zerlegte und nunmehr, statt wie die Chinesen ein eigenes Schriftzeichen für jedes einzelne Wort nötig zu haben, mit etlichen zwanzig einzelnen Buchstaben den gesamten unermesslichen Reichtum der Sprache wiederzugeben wusste. Die Zweckmässigkeit dieser Regelung ist so zweifellos und zwar aus Gründen, die für alle Völker gleich massgebend sind, dass jedes Recht früher oder später zu derselben Entscheidung kommen muss".[4])

Mit Recht kann man daher auch dem Bonner Gelehrten beistimmen, dass „es eine der grössten und folgenschwersten Thaten des jurischen Geistes war, eine That,

---

[1]) Thöl §§ 17, 21, 56, 57.

[2]) Vgl. Windscheid § 319 A. 2; Matthiass § 54 A. 1 S. 201, 3. Aufl. S. 224; Zitelmann B.G.B. S. 132; Klingmüller S. 35.

[3]) S. 210.

[4]) Zitelmann l. c. Vgl. Oertmann S. 249; Crome I S. 327 A. 23.

ohne welche, man darf kühn sagen, die gesamte Entwickelung unseres modernen Verkehrsvermögensrechtes unmöglich gewesen wäre".[1]) Ein Blick auf unser Handels- und Wechselrecht zeigt dies zur genüge. Zwar kennt der Kaufmann gewöhnlich die Ausdrücke „abstrakte" und „kausale Rechtsgeschäfte" nicht, aber dennoch hat er fast täglich mit ihnen zu thun, man denke nur an das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, die Saldoabrechnung und vor allem an den Wechsel, den abstraktesten Rechtsakt, das die Rechtsgebiete kennen. Ja diese Rechtsgeschäfte, die der schönen altdeutschen Rechtsanschauung: „ein Mann, ein Wort!" folgen, ermöglichen erst eigentlich die Sicherheit und Leichtigkeit des Vermögensverkehrs. Denn bei ihnen tritt die Vermögenszuwendung sogleich und ohne Rücksicht auf den unterliegenden Zweck ein und bei Ausfall des letzteren geht die Auseinandersetzung wegen der etwaigen ungerechtfertigten Bereicherung nur die unmittelbar Beteiligten etwas an.

Um seine Klagbitte im Prozess zu rechtfertigen, braucht der Gläubiger nur das Vorhandensein z. B. des Schuldversprechens und seine Annahme, die seitens des Gläubigers formfrei und sogar stillschweigend erfolgen kann, darzulegen.[2]) Nicht braucht er etwa, wie bisher in zahlreichen unerquicklichen Prozessen, wenn er im Vertrauen auf seines Schuldners Schuldscheine und Zahlungsversprechen vielleicht jahrelang auf die Zahlung gewartet hat, seinem dann böswillig alles bestreitenden Schuldner gegenüber die Entstehung jedes einzelnen Postens seiner Rechnung beweisen.[3]) Denn das ist eben die Hauptbedeutung der

[1]) Zitelmann l. c. Vgl. Oertmann S. 249; Crome I S. 327 A. 23.

[2]) Vgl. dagegen z. B. die Schwierigkeit des Beweises eines auf derivativem Wege erlangten Eigentums im römischen Recht. Dazu Ihering, Geist d. r. R. III, 1 S. 208 f.; Klingmüller S. 53 ff.

[3]) Vgl. Ackermann S. 591.

abstrakten Akte im Prozess,[1]) dass die etwa vorliegenden Einreden dem Beklagten zur Last fallen[2]) und dass auch sie, wenn ein Dritter gutgläubig z. B. eine Forderung aus einem Schuldversprechen erworben hat, diesem gegenüber oft, so besonders bei den Inhaber- und Orderpapieren, nur in beschränktem Masse geltend gemacht werden können.

Abgesehen von der grossen Erleichterung, die die abstrakten Rechtsgeschäfte dem Kläger im Prozess verschaffen und ihn dadurch in Stand setzen, den präzisen Eingang der ihm geschuldeten Gelder zu bewirken,[3]) wird die praktische Brauchbarkeit der abstrakten Akte noch durch den Umstand erhöht, dass die Verjährung unterbrochen wird, wenn z. B. der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch durch Ausstellung eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses oder in sonstiger Weise anerkennt.[4]) [5])

So dienen die abstrakten Rechtsgeschäfte dem Vermögensverkehr zur grossen Erleichterung und Sicherung,[6]) aber andrerseits ist auch mit ihnen für den Schuldner

---

[1]) Lautet das schriftliche Schuldversprechen oder Anerkenntnis auf eine bestimmte Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere, so kann der Anspruch im Urkundenprozesse geltend gemacht werden. C.P.O. § 592 ff.

[2]) Vgl. z. B. Planck, § 780 N. 1a; Klingmüller S. 110, anders im niederländischen Recht, vgl. Huysinga S. 81 B.W., (Bürgerliches Gesetzbuch) Art. 1372; vgl. für das französische Recht C.C. Art. 1132.

[3]) Vgl. Dernburg, Pand. 2 § 22 S. 63; Leonhard S. 267.

[4]) § 208 B.G.B.

[5]) Vgl. über das praktische Bedürfnis der abstrakten Akte unten S. 21. Dazu Mot. Bd. II S. 690, Prot. Bd. II S. 501 ff.; Ackermann S. 573 f., S. 589 ff.

[6]) Vgl. auch Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 193, S. 198; ferner Ihering, Geist d. r. R. III, 1 S. 126, 210. Er bezeichnet die abstrakte Eigentumsübertragung durch *mancipatio* und *in iure cessio* „als einen der festesten Anker für die Sicherheit des Eigentums." Klingmüller S. 54 f.

eine grosse Gefahr wegen ihrer Unabhängigkeit von der *causa* verbunden.[1]) Wenn diese auch nicht für so gross erachtet werden kann, dass ihretwegen die abstrakten Rechtsakte von dem Gesetzgeber überhaupt verworfen werden müssen,[2]) so ist doch, um sie zu paralysieren,[3]) meistens das Vorhandensein einer besonderen Form für diese Rechtsgeschäfte vorgeschrieben, so im römischen Recht z. B. für die *stipulatio,* den typischen abstrakten Akt des römischen Rechts, und so auch in dem neuen bürgerlichen Rechte. Hierin ging das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nicht so weit, wie das für das Königreich Sachsen, das schon im blossen mündlichen Anerkennungsvertrag einen selbständigen Verpflichtungsgrund erblickte, sondern es verlangt im allgemeinen für die Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte die Schriftlichkeit, so besonders für das Schuldversprechen[4]) und Schuldanerkenntnis,[5]) die Anweisung[6]) und die Inhaberpapiere.[7]) Bei den dinglichen abstrakten Akten ist durchweg ausser der Einigung des Berechtigten und des andern Teils, die auch an und für sich schon formalisiert ist,[8]) formell[9]) die Uebergabe oder die Eintragung[10]) erforderlich.

Die Notwendigkeit der Schriftform für das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis ist vom Gesetzgeber nur für den Fall aufgegeben, dass es auf Grund einer

---

[1]) Vgl. Klingmüller S. 72 ff., 77 bes. A. 5.

[2]) Vgl. unten S. 60.

[3]) Vgl. Motive II S. 689; Immelen S. 32; Dernburg, Pand. 2 § 22 S. 63 ff.; Windscheid-Kipp § 318.

[4]) § 780. Vgl. für das niederländische Recht Huysinga S. 70.

[5]) § 781.

[6]) § 784.

[7]) § 793.

[8]) Vgl. bes. § 925 für die Auflassung und ferner § 873 Abs. 2.

[9]) Vgl. Goldmann-Lilienthal I S. 117, 3.

[10]) § 873.

Abrechnung oder eines Vergleichs, bei denen der Wille des Schuldners, sich selbständig zu verpflichten am ehesten feststeht, ausgestellt wird.[1])

Allgemeine Bestimmungen über die abstrakten Rechtsgeschäfte kennt das B.G.B. nicht.[2]) Sie unterliegen daher den Vorschriften des Allgemeinen Teils des ersten Buches des B.G.B., und den allgemeinen Bestimmungen der ersten sechs Abschnitte des zweiten Buches über die Schuldverhältnisse, die auch auf die dinglichen Verträge, da wo ein Bedürfnis vorliegt, analog auszudehnen sind.[3]) Zu diesen Vorschriften gehören nun auch die §§ 134 und 138, die folgendermassen lauten:

> § 134. „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetze ein Anderes ergiebt."
>
> § 138. „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.
>
> Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt über-

---

[1]) Ebenso genügt mündliche Form im Handelsrecht, wenn auf Seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft vorliegt. § 350 H.G.B., wie schon a. 317 des alten H.G.B. Nicht gilt dies für Minderkaufleute (§ 4) § 351 H.G.B. Vgl. auch betreff des § 782 B.G.B. Prot. Bd. II S. 509 VI, Denkschr. S. 93 III; Ackermann S. 583.

[2]) Vgl. über die Anregung in der zweiten Kommission, allgemeine Bestimmungen über den Anerkennungsvertrag im 1. Buch des B.G.B. zu treffen, und deren Ablehnung Prot. Bd. I S. 166, 271, II S. 440 ff. und II S. 492—499; Ackermann S. 574.

[3]) Vgl. Endemann, Einf. I § 2 S. 7.

steigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen.“

Inwiefern nun diese §§ 134 und 138 auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts Anwendung finden, das zu untersuchen, soll nun im Folgenden unsere Aufgabe sein.

B. Ausführung.

Die Anwendung der §§ 134 und 138 B.G.B. und der entsprechenden Sätze des gemeinen Rechts auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts.

I. Die Sätze des gemeinen Rechts, die entsprechen

a) dem § 134.

Für die Lösung dieser Aufgabe ist es meines Erachtens nach unbedingt notwendig, zuerst zu sehen, welche Sätze des gemeinen Rechts den §§ 134 und 138 B.G.B. entsprechen und welche abstrakten Rechtsgeschäfte es im Sachen- und Obligationenrecht überhaupt giebt.

In Bezug auf die civilrechtlichen Folgen, die mit der Nichtbeachtung der Verbotsgesetze verknüpft sind, lässt sich für das Digestenrecht eine einheitliche Regel nicht aufstellen.[1])

Wie bekannt, unterschied man je nach der Wirkung der Verbotsgesetze *leges minus quam perfectae,* bei denen der Rechtsakt zwar gültig ist, aber der Thäter bestraft wird,[2]) *leges imperfectae,* bei denen auch nicht einmal Strafe eintritt und *leges perfectae,* die die verbotenen

[1]) Vgl. **Endemann, Verbotsg.** S. 9.

[2]) Vgl. *Ulp. fragm. princ.* § 2.

Handlungen „reszindieren“, d. h. nach dem heutigen Sprachgebrauch entweder nichtig oder anfechtbar machen. Die römischen Juristen haben nämlich nicht, wie wir, zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, sondern zwischen civilrechtlicher und prätorischer Ungültigkeit unterschieden. Die prätorischen Exceptionen können bei ihnen nicht nur Anfechtbarkeit, sondern ebensowohl Nichtigkeit bewirken.[1]) Civilrechtliche und prätorische Unwirksamkeit gehen in einander über. So wird denn auch gegen Ansprüche aus gesetzwidrigen Handlungen eine prätorische Exception gegeben, und ausdrückliche Verbotsgesetze des *ius civile* werden erst durch Exception wirksam und gelangen erst dadurch zu dem Charakter einer *lex perfecta*.[2]) Im Digestenrecht wurde also nicht durch ein starres, gleichförmiges Prinzip, sondern durch eine je nach der Bedeutung und dem Zweck der Verbote verschiedene Wirkung dem Gesetzeswillen Nachdruck verliehen.[3]) Im Codex erscheint nun, abgesehen von der l. 6, C. 2, 3, in der nur ein aus der Betrachtung der bestehenden Gesetze sich ergebendes Resultat zu finden ist,[4]) die von Theodosius II. im Jahre 439 erlassene Konstitution l. 5, C. 1, 14, die *„lex non dubium“*.[5]) Im Anschluss an diese *lex* ist seitdem von vielen, so z. B. von Cuias[6]), Savigny[7]), Puchta[8]) und Cohn[9]), ferner vor allem auch von der Judikatur behauptet worden, dass jedes ver-

---

[1]) Vgl. Endemann l. c. S. 15 ff., S. 18; Ravit S. 45 ff.; Gradenwitz S. 1 ff., S. 4; Kuhlenbeck S. 327; Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. IV S. 24; besonders aber l. 112 D. 50,17 (Paulus); ferner l. l. 13, 66, 115 eod. Vgl. auch unten S. 41.

[2]) Vgl. Endemann l. c. S. 19, l. 3 D. 44, 1 (Gaius).

[3]) Endemann l. c. S. 22.

[4]) anders R.G. 5 S. 128.

[5]) Vgl. Endemann l. c. S. 24 ff.

[6]) Vgl. Endemann l. c. S. 27.

[7]) System Bd. IV § 203 S. 551.

[8]) Pand. § 67 A b.

[9]) in Endemann, Handbuch des H.R. Bd. 3 § 299, S. 89.

botene oder mit Strafe bedrohte Rechtsgeschäft absolut nichtig ist.[1]) Allein meines Erachtens ist Endemann, zumal auch im Hinblick auf die Rezeption,[2]) zuzugeben, dass der Grundsatz der *„lex non dubium"* nur ein subsidiärer, bedingungsweise geltender ist. Man muss daher, wenn das Verbotsgesetz die Gültigkeit oder Nichtigkeit nicht ausdrücklich festgestellt hat, für das gemeine Recht bei jedem einzelnen Verbotsgesetze prüfen, warum die verbotene Handlung als rechtswidrig erscheint, und hieraus zu erkennen suchen, ob sie derart gegen die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft verstösst, dass sie als ausgeschlossen und darum als rechtsunwirksam anzusehen ist.[3])

Dasselbe wie für das gemeine Recht gilt auch für die gleich oder ähnlich lautenden Bestimmungen der partikularrechtlichen Kodifikationen, so für das preussische Landrecht,[4]) das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch,[5]) den Code civil[6]) und endlich auch für das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Denn der § 134 erklärt ein Rechtsgeschäft nur dann für nichtig, wenn sich aus dem Gesetze[7]) nicht ein anderes ergiebt. In Bezug auf diese salvatorische Klausel sei noch hervorgehoben, dass

---

[1]) Preuss. Obertribunal, Erk. v. 20. Februar 1877; in Seuff. Arch. Bd. 33 Nr. 24 S. 34; R.O.H.G. 7. Mai 1875 Bd. 17 S. 382; R.G. 5 S. 127, 16 S. 106, 17 S. 300.

[2]) Vgl. Martinus, Azo, Odofredus, Baldus, Donellus, Sylvester, Suarez, Hugo Grotius, Voet, Leyser s. Endemann l. c. S. 43 ff.

[3]) Endemann l. c. S. 59, S. 114 ff., S. 123 f.; Dernburg, Pand. I § 31; Preuss. Priv. I § 79 N. 1; Szkolny und Caro § 134 N. 2 S. 163; Kuhlenbeck, V. d. P. z. B.G.B. I S. 327 N. 1 A. 3; Rechtssprechg. S. 263 ff.; Isay S. 97 ff.; Kohler, Arch. f. bürg. R. 5 S. 231 ff.; Seuff. Arch. 49 Nr. 10.

[4]) I, 4 § 6; I, 5 § 68; Dernburg, Preuss. Priv. I S. 162 A. 1. (4. Aufl. I S. 174.) Kuhlenbeck, Rechtssprechg. S. 264.

[5]) § 79.

[6]) a. 1131.

[7]) gleich Rechtsnorm vgl. E.G. a. 2.

der Rechtsakt nicht bloss gültig ist, wenn das Gesetz es selbst als Ausnahmen bestimmt, sondern auch, wenn es sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln ergiebt, dass die Geltung des verbotenen Rechtsgeschäftes nicht positiv dem Inhalt des Gesetzes zuwiderläuft.[1]) Dem bisherigen Recht gegenüber zeigt jedoch das B.G.B. darin einen grossen Fortschritt, dass es meistens die Gültigkeit oder Nichtigkeit in den einzelnen in Betracht kommenden Fällen bestimmt. Dies thut es bisweilen dadurch, dass es das betreffende Geschäft ausdrücklich für nichtig[2]) oder gültig[3]) erklärt, vor allem jedoch dadurch, dass es eine bestimmte Terminologie anwendet, aus der man die Nichtigkeit oder Gültigkeit erkennen kann. Liegt z. B. ein Verstoss gegen eine „muss“ [4]) oder „kann nicht“,[5]) „darf nicht“ [6]) Vorschrift vor, so ist der Rechtsakt nichtig, verstösst er dagegen nur gegen eine „soll“ [7]) Vorschrift, so ist er trotz des Verbotes gültig.[8]) [9])

b) dem § 138.

Während so der § 134 im wesentlichen mit dem bisherigen Recht übereinstimmt, enthält der § 138 gegenüber

---

[1]) Vgl. Hölder § 134; Enneccerus § 97 S. 219, 2. Aufl. S. 243; auch Endemann, Verbotsg. S. 91/92; Neumann § 134 N. 1; Gareis § 134 Nr. 5; Goldmann-Lilienthal S. 174, 2.

[2]) Vgl. z. B. §§ 795 III, 248, 2263, 540, 240, 310, 312, 443, 476, 723 III, 1136, 2302. Vgl. auch Crome I S. 347 A. 14.

[3]) Vgl. z. B. §§ 135, 458, 762.

[4]) Vgl. z. B. §§ 26, 57, 121, 126, 129, 2233.

[5]) Vgl. z. B. §§ 93, 225, 619, 2296, 1614; ebenso „kann nur“ §§ 415, 416, 2064, nicht übertragbar §§ 1059, 38.

[6]) Vgl. z. B. § 1805, auch § 63, 456, 458, 795 I; nicht nichtig, wenn sich aus dem Gesetz ein anderes ergiebt; vgl. z. B. 627 II, 671 II, § 52 II, dazu Crome I S. 347 A. 16.

[7]) Vgl. z. B. §§ 56, 58, 1781 ff., 2237, 1866, 2245 II, H.G.B. § 226 I.

[8]) Nicht stimmt diese Regelung immer im Familienrecht.

[9]) Vgl. auch „unwirksam“, „unzulässig“, „hat“, „ist“, „kann erst“, „kann weder — noch“; Goldmann-Lilienthal I S. 174.

den entsprechenden Sätzen des gemeinen Rechts eine viel weitgehendere Bestimmung. Der Gedanke, dass jedes Handeln *contra bonos mores* der zur Hebung wahrer Gerechtigkeit dienenden Rechtsordnung widerstreitet und deshalb von ihr nicht anerkannt werden kann, ist freilich schon von den Römern ausgebildet.[1]) Denn wenn auch die Gebote des Rechts und die Anschauungen über den Inhalt der Anstandspflichten stetiger Entwickelung und Aenderung, man denke nur an den Erbvertrag, unterliegen,[2]) so ist doch das Grundprinzip des § 138, wie fast in allen bisherigen Rechten, so auch im römischen Rechte schon enthalten. Aber der hierfür oft angeführte[3]) berühmte Ausspruch Papinians in l. 15, D. 28, 7 ist in seiner Allgemeinheit als unrichtig zu bezeichnen und hat nach dem Zusammenhang nur sagen wollen, dass die unsittliche Bedingung nicht für eine potestative zu erachten sei.[4])

Denn „der Gedanke, dass das Unsittliche von dem Rechte als unmöglich anzusehen sei, wird, so geläufig er auch bei den Neueren bis vor kurzem gewesen ist, von den römischen Juristen sonst nirgends angedeutet.“[5]) Auch würde Papinian sonst wohl gegenüber der täglichen Erfahrung und auch dem bekannten: *„naturaliter concessum est, in emendo et vendendo, invicem sese circumscribere!“*[6])

---

[1]) Vgl. Endemann, Einf. S. 436 A. 7.

[2]) Vgl. Weyl S. 256; Leonhard S. 374 A. 4; Grabscheid S. 374; Kuhlenbeck, Rechtssprechg. S. 224; ferner Kipp S. 13; Kuhlenbeck, V. d. P. z. B.G.B. S. 30; Lotmar S. 4; Ravit S. 46, 68; auch R.G. 46 S. 178.

[3]) z. B. Endemann l. c.; Sohm S. 98.

[4]) Vgl. Savigny, System III S. 171; Lotmar S. 26; Ravit S. 5.

[5]) Ravit S. 12 A. 21; Brinz II S. 123 A. 19, IV S. 132.

[6]) l. 22 § 3 D. 19, 2; l. 16 § 4 D. 4, 4. Vgl. auch Leonhard S. 378 A. 3.

„als Apostel des leeren Sentenzenkrams“ [1]) erscheinen. Aber dennoch haben schon die Römer der Moral einen grossen Einfluss auf das Recht zugestanden und nicht bloss unsittliche Verträge, sondern auch unsittliche einseitige Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt.[2]) Ja man kann wohl sagen, dass sich dies in der späteren Zeit bei ihnen zum allgemeinen Prinzip entwickelt hat und dass die Worte der Kaiser Diokletian und Maximian in ihrem Reskript l. 4, C. 8, 38 vom Jahre 293:

> *„cum omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint!“*

gewissermassen das Schlussglied dieser Entwickelung darstellen, zumal hier mit *pactum* jeder nicht in Stipulationsform geschlossene Vertrag gemeint ist.[3])

Diese Perhorrescierung des unmoralischen Geschäfts hat sich von dem römischen Recht auch auf seine Tochterrechte vererbt, so auf das Preussische Allgemeine Landrecht,[4]) den Code civil,[5]) das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich,[6]) das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen,[7]) das Schweizerische Obligationenrecht,[8]) den Italienischen Codice civ. de Regno d'Italia[9]), und vor allem am weitgehendsten auf das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.[10])

---

[1]) Dirksen, „Hinterlassene Schriften“ II S. 451: zitiert nach Lotmar S. 136 A. 83.

[2]) Vgl. besonders Lotmar S. 8 f., 21 f. und die von ihm angeführten Beispiele.

[3]) Steinbach S. 5; Fuld S. 172; Lotmar S. 169 A. 172.

[4]) I, 4 §§ 6—7.

[5]) a. 1131, 1133.

[6]) §§ 26, 878. Vgl. hierzu Grabscheid S. 374.

[7]) §§ 90, 793.

[8]) § 17.

[9]) § 1119.

[10]) Vgl. ausser § 138 besonders §§ 157, 226, 826, 242.

Leider hat nun aber dieses statt der richtigen Uebersetzung des lateinischen *„contra bonos mores“* „gegen die Sittlichkeit“ den zwar wörtlichen, aber zweideutigen und daher unpassenden Ausdruck „gegen die guten Sitten“ gewählt und hierdurch den wichtigen Kulturfortschritt, den die deutsche Sprache durch die Unterscheidung der Begriffe Sitte und Sittlichkeit hervorgerufen hat, wieder preisgegeben. Dennoch aber erklärt meines Erachtens § 138 Abs. 1 trotz seines missverständlichen Wortlauts nur die unmoralischen d. h. unsittlichen oder gegen die Sittlichkeit verstossenden Rechtsgeschäfte für nichtig.[1])

II. Die einzelnen abstrakten Rechtsgeschäfte

a) im römischen Recht.

Um nun sehen zu können, wie diese Bestimmungen auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts Anwendung finden, wollen wir uns im Folgenden diese abstrakten Akte in den einzelnen Rechtsgebieten vergegenwärtigen.

Schon in den ältesten Zeiten des römischen Rechts gab es abstrakte Rechtsgeschäfte, nämlich die *mancipatio* und *in iure cessio,* die beide sogar notwendig abstrakt waren, d. h. eine Bezugnahme auf die *causa* überhaupt nicht zuliessen.[2]) Abstrakt, wenn auch nicht notwendig, da sie auch materielle Geschäfte in sich aufnehmen

---

[1]) Vgl. Jakobi S. 76, 79, 95, 98 A. 50, 108; Cohn S. 792; Oertmann in der Besprechung von Jakobi; Arch. f. bürg. R. Bd. 18 S. 376. Ueber den Unterschied von Sitte und Sittlichkeit vgl. ferner Ihering, Zweck im Recht II cap. IX; Leonhard S. 373; Hachenburg S. 51.

[2]) Vgl. bes. Dernburg, Pand. 1, 1 S. 220; Oertmann, *„Fiducia“* S. 161—176.

konnte,[1]) war sodann vor allem die Stipulation.[2]) Dies war von enormer Tragweite. Denn in der klassischen Jurisprudenz erlangte das Stipulationswesen eine immense Ausdehnung. Infolge ihrer ungemeinen Biegsamkeit, vermöge deren sie allen Bedürfnissen des Verkehrs gerecht werden, alle Lücken des älteren römischen Kontraktensystems ausfüllen konnten, wurden die Stipulationen auf alle möglichen Obligationsverhältnisse angewendet.[3]) Das vollständige Korrelat der Stipulation bildet in umgekehrter Richtung als formaler Aufhebungsakt die notwendig[4]) abstrakte *acceptilatio*, die uns noch bei Justinian als praktisches Rechtsinstitut entgegentritt.[5])

Abgesehen von dem *receptum argentarii*, dem alten *nexum* und dem in der älteren Zeit geltenden notwendig abstrakten Litteralkontrakt in Gestalt des *nomen transcripticium*[6]), sei noch die Novation[7]) als willkürlicher abstrakter Akt des Obligationenrechts erwähnt. Die formelle obligatorische Wirkung dieser Rechtsgeschäfte ist zuerst von Liebe und nach ihm besonders von Bähr hauptsächlich auf den verpflichtenden Willen der Parteien zurückgeführt, welchem die gesetzlich privilegierte Form gestattet, sich zu einem nackten „von dem Rechtsgrunde abstrahierenden *dare oportere* zu verkörpern.“[8])

---

[1]) Salpius S. 214.

[2]) Vgl. bes. Liebe S. 82 und l. 5 D. 45, 1; Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 194: „ein vollendetes Muster für abstrakte Verbindlichkeiten“; Klingmüller S. 51.

[3]) Vgl. Rocholl S. 269; Salpius S. 213.

[4]) Schollmeyer, Kom. § 397 N. 1. Vgl. l. 19 § 1 D. 46, 4; *„imaginaria solutio“* § 1 J. 3, 29; l. 77 D. 50, 17.

[5]) Bähr S. 85 f.

[6]) Vgl. Bechmann S. 640 A. 3. „Die *litterarum obligatio* ist unempfänglich für das sittliche Postulat“. Vgl. Salpius S. 212 f.

[7]) Vgl. Windscheid II § 355; Oertmann S. 252; Bähr S. 33; bes. Ackermann S. 578.

[8]) Salpius S. 212; Bähr S. 15, 85; Liebe S. 77 ff. Dagegen neuerdings bes. Klingmüller S. 56 ff.

Endlich seien hier noch die dinglichen Veräusserungsgeschäfte als abstrakte Rechtsakte hervorgehoben, nämlich die Cession[1]) und Tradition. Zwar besteht über die Abstraktheit der letzteren eine lebhafte und trotz der Unmasse der hierüber sich verbreitenden Schriften besonders wegen der l. 36, D. 41, 1 Julians und der l. 18 pr. D 12, 1 Ulpians noch unausgetragene Kontroverse, aber jedenfalls ist die besonders seit Savigny herrschende Ansicht Julians von der abstrakten Natur der Tradition die richtige.[2]) Auch werden die Gründe für das Gegenteil fast ausschliesslich aus Beispielen hergeleitet, in denen, was wegen des nicht notwendig abstrakten Charakters der Tradition selbstredend gestattet ist, die Fehlerlosigkeit der *causa* als Bedingung gesetzt ist.[3]) Dies kann ausdrücklich oder auch stillschweigend geschehen. Wenn das eine oder das andere vorliegt, ergiebt sich natürlich sofort aus den ganzen Umständen.[4])

In der späteren römischen Zeit schwächte sich aber die abstrakte Natur besonders der am meisten in Betracht kommenden Stipulation bedeutend ab. Ja man kann wohl sagen, dass sie vollkommen zu Grunde ging.[5]) Abgesehen von der l. 13 C. 4, 30 ist hier vor allem die „berüchtigte“[6]) l. 25 § 4 D. 22, 3, bei der wahrscheinlich nur das Prinzipium von Paulus, dem angeblichen Verfasser, herrührt,[7]) hervorzuheben. Jedenfalls ist das von ihr sicher, dass „sie

---

[1]) **Vgl. für ihren dinglichen Charakter unten S. 28 f.**

[2]) **Dagegen bes. Kindel in zahlreichen Schriften und Strohal bes. in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 355—462. Vgl. auch Klingmüller S. 88 ff. und Krückmann S. 1 ff.**

[3]) **Enneccerus S. 218 A. 1, 2. Aufl. S. 241 A. 1. Vgl. auch Oertmann in Grünhuts Zeitschr. 21 S. 747 und unten S. 29.**

[4]) **Vgl. bes. die Beispiele bei Strohal l. c. S. 343 ff.; Oertmann l. c. Ferner Dernburg Pand. I § 213; Windscheid-Kipp I § 172 A. 15; Immelen S. 14.**

[5]) **Vgl. Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 194; Klingmüller S. 28.**

[6]) **Windscheid l. c.**

[7]) **Windscheid, Vorauss. S. 199 f.**

das Grabgeläute der abstrakten Stipulation im römischen Recht bildet.“ [1])

b) im gemeinen und preussischen Recht.

Daher kam es auch, dass, obwohl im älteren deutschen Recht es anscheinend ebenfalls abstrakte Geschäfte gab,[2]) in der älteren gemeinrechtlichen Litteratur durchweg die Lehre des kausalen Vertrages herrschte und die neueren Kodifikationen in einer dem abstrakten Rechtsgeschäft mehr oder weniger feindlichen Weise beeinflusste, so das preussische Allgemeine Landrecht, den französischen *Code civil*, obgleich auch in Frankreich in der älteren Zeit wahrscheinlich abstrakte Rechtsgeschäfte bestanden,[3]) und so endlich auch das österreichische Recht.[4]) Zumal in Bezug auf das Sachenrecht hat das preussische Recht, um mit Savigny zu reden, wieder einmal „die Irrtümer seiner Zeit kodifiziert“. Für die Uebertragung des Eigentums verlangt es nämlich nicht bloss, dass der ***modus acquirendi***, d. h. die äusseren Handlungen, durch welche Eigentum erworben wird, sondern auch der ***titulus***, d. h. der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äusseren Handlungen die Kraft haben, dass dadurch Eigentum erworben werde,[5])

[1]) Dernburg, Pand. 2 § 22 Nr. 6 S. 64. Einige, z. B. Witte, Bereicherungsklagen S. 201—205, sprechen den beiden Stellen jeden wissenschaftlichen Wert ab. Andere suchen sich mit oft sehr künstlichen Kombinationen über sie hinwegzusetzen, so bes. Bähr und Schlossmann. Die meisten, wie z. B. Windscheid und Vangerow, sind bestrebt, die Bedeutung der Stelle möglichst einzuschränken und auf einen ganz speziellen Fall zu beziehen. Jedenfalls dürfte auf eine befriedigende Erklärung der Stellen wohl kaum zu rechnen sein. Vgl. Immelen S. 15 f.

[2]) Klingmüller S. 51 f.; Stobbe-Lehmann 3, § 220 A. 3 S. 188; Rocholl, S. 293; Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 194.

[3]) Vgl. a. 1108, 1131 ff., 1137; Dernburg, Preuss. Priv. II § 15 S. 35, Bürg. R. II, 1 S. 195.

[4]) Vgl. Motive II S. 689 A. 1.

[5]) A.L.R. I, 9, § 1, 2. — I, 11.

in Ordnung sei. Es hat also ausdrücklich die Fehlerlosigkeit der *causa* oder des *titulus* zur Eigentumsübertragung für erforderlich erklärt.

Allein der Vermögensverkehr konnte wegen der grossen Erleichterung und Sicherung, die die abstrakten Rechtsgeschäfte für ihn bewirken, diese nicht entbehren und schuf sie sich in zahlreichen Gestaltungen, wie Wechsel, Annahme einer Anweisung, kaufmännischem Verpflichtungsschein, Darlehnsschein, Grundschuld, Schuldverschreibung auf den Inhaber und anderen mehr.[1]) Daher war es wohl auch schwerlich ein Zufall, dass auch der Wissenschaft erst ein Praktiker, der genialste vielleicht, den Deutschland in diesem Jahrhundert sein genannt, Otto Bähr, in seiner „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" den Sinn für die Bedeutung des kausalosen Versprechens vollauf zurückgewonnen hat. Er bewies unwiderleglich, wie bitter nötig uns ein Surrogat für die römische, durch keine juristische Kunst wieder zu erweckende Stipulation sei, und fand ein solches bekanntlich in der vom täglichen Verkehr längst in zahlreichen Variationen ausgebildeten Anerkennung, unter deren Begriff er auch den Schuldschein subsumierte.[2]) Infolge seines epochemachenden Werkes erhob sich in zahllosen Schriften eine sehr lebhafte Kontroverse für und gegen die abstrakten Rechtsakte. Auf der einen Seite leugnete man überhaupt die Möglichkeit eines abstrakten Rechtsgeschäfts. So behauptete vor allem Kindel[3]), dem

[1]) Vgl. Ackermann S. 573; Oertmann S. 249; Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 194.

[2]) Oertmann S. 249.

[3]) „Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund", ferner: „Das Recht an der Sache", Breslau 1899; „Konsenzprinzip oder I § 1 A.L.R. in Iherings Jahrb. 1890 Bd. 29 S. 397—482; „Die Natur der Sach- und Haftklage, insbesondere der Kondiktionen". Arch. f. bürg. R. Bd. VII S. 236—333, 1893. Gegen ihn bes. Oertmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 21 S. 738 ff.; Endemann in der Zeitschr. f. Handelsr.

sich besonders Kuhlenbeck anschloss,[1]) dass jedes Rechtsgeschäft des Rechtsgrundes bedarf und überhaupt nicht von seiner *causa* losgelöst werden kann. Nur eine Rechtsvermutung der Gültigkeit und eine Verfügungsmacht des Gläubigers erzeugt nach ihrer Meinung[2]) das abstrakte Rechtsgeschäft.

Auf der anderen Seite bestritt man teils nur die Verbindlichkeit der formlosen abstrakten Rechtsakte,[3]) teils auch nur die abstrakte Natur einzelner Rechtsgeschäfte, so besonders, wie schon oben hervorgehoben, der Tradition und Stipulation. Dem gegenüber hält die herrschende Meinung daran fest, dass schon der erklärte Wille allein, sich abstrakt zu verpflichten, eine Verbindlichkeit begründe.

Auch meines Erachtens ist es nicht einzusehen, warum, wenn das gemeine Recht und ebenso das heutige die Klagbarkeit obligatorischer Verträge schlechthin anerkennt, der übereinstimmende Wille der Kontrahenten nicht die Kraft haben sollte, auch abstrakte Verbindlichkeiten ins Leben zu rufen. „Denn wenn einmal das positive Recht dem Vertrage bindende Kraft zuschreibt, so thut es das nur in Anerkennung des Willens der Parteien. Der Wille aber,

---

Bd. 38 S. 319, Bd. 41 S. 242—246; Wendt in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 41 ff.; Hellmann in d. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 34 S. 359 fg., 1892; Klingmüller bes. S. 111.

[1]) V. d. P. z. B.G.B. S. 321; Komm. Vorbemerkung z. 20. Titel vor § 780, ferner § 762 N. 3.

[2]) Kindel S. III, IV.

[3]) So Gneist S. 228; Brinz II S. 139; ferner Heimbach, Schlesinger, Salpius, Puchta, Sintenis, Keller, Karlowa. Dagegen bes. Windscheid §§ 318[4], 319[2], 364; Dernburg, Pand. 1, 1 S. 220; Vangerow 3, § 600; Bähr S. 15, 85. Vgl. neuerdings bes. Klingmüller S. 38: „Die Form ersetzt die *causa* und wird selbständig zum Verpflichtungsgrund", obgleich sonst gerade er die Unabhängkeit (freilich auch wieder nicht in unserem Falle s. u. S. 44) des abstrakten Geschäfts von der *causa* scharf hervorhebt. Vgl. z. B. S. 33, 36, 38, 39, 46, 48 u. s. w.

wenn er auch nicht entsteht ohne den Grund, welcher ihn hervorgerufen hat, besteht doch ohne diesen Grund.“[1])

Vor allem sind ferner die abstrakten Rechtsgeschäfte, abgesehen von ihrer Geltung im römischen Recht, aus dem dringenden Bedürfnis des täglichen Lebens hervorgegangen und haben sich in den mannigfaltigsten Formen entwickelt. Dieser Entwickelung aber die rechtliche Anerkennung zu versagen, dafür liegt meines Erachtens nicht der geringste Grund vor. Daher kam es dann wohl auch, dass sich seit der bahnbrechenden Wirkung von Bährs „Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ immer mehr und mehr Praxis,[2]) Wissenschaft und Gesetzgebung seiner Lehre anschlossen und zwar geschah dies nicht bloss in den Gebieten des gemeinen Rechts, sondern auch in denen der einzelnen Partikularrechte.

Am hartnäckigsten war der Widerstand, den die Theorie vom abstrakten Vertrage fand, im preussischen Allgemeinen

---

[1]) Windscheid-Kipp § 318 A. 3. Vgl. auch Enneccerus S. 708 (§ 330), 2. Aufl. S. 782. Nach Klingmüller S. 36 liegt der Unterschied zwischen abstrakten und kausalen Geschäften nicht im Willen der Erklärenden, „da auch bei dem sogenannten abstrakten Geschäfte die Entgeltfrage erwogen oder besprochen wird, sondern lediglich im Inhalt der abgegebenen Erklärungen (Leonhard, Allg. T. S. 265 f.). Vgl. dagegen oben bei [1]). Auch ist meines Erachtens gerade der Inhalt der abgegebenen Erklärungen von dem Willen des handelnden Menschen abhängig. Es ist allerdings Klingmüller bei seiner Bekämpfung des Dogmas „vom abstrakten Verpflichtungswillen“, S. 56 ff., zuzugeben, dass das Abstrahieren von der *causa* ein „künstlicher Prozess“ der Rechtsordnung ist. (Vgl. oben S. 4 A. 2.) Aber innerhalb des von der Rechtsordnung (z. B. durch Bestimmung von Formvorschriften) gesetzten rechtlichen Rahmens ist es immer der „abstrakte Wille“ der Parteien, der die Rechtsfolgen herbeiführt. (Nicht etwa die Form, vgl. oben S. 22 A. 3.) Vgl. auch den Streit, ob die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts durch die Rechtsordnung oder den Parteiwillen herbeigeführt werden. Meines Erachtens ist er von keiner praktischen Bedeutung.

[2]) Vgl. z. B. Seuff. Arch. 48 Nr. 23, 49 Nr. 93.

Landrecht. Obgleich im Gesetze selbst einzelne Fälle der Anerkennung abstrakter Verbindlichkeiten vorhanden sind, aus welchen sich der Schluss auf ihr wenigstens mögliches allgemeines Vorkommen zuverlässig ergiebt, und obgleich auch die Praxis[1]) sich fast durchweg auf den Standpunkt Bährs stellte, so war doch in der Theorie der gegenteilige Standpunkt immer noch in bedeutendem, wenn freilich auch bei weitem nicht überwiegendem Masse vertreten.[2]) Nur in Bezug auf die Uebertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen hat schon das preussische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 die abstrakte Natur der Auflassung anerkannt.

Ebenso ging es in den übrigen Rechtsgebieten. So drang z. B. in dem österreichischen und französischen Recht die Lehre von dem abstrakten Rechtsgeschäft, wie wohl auch hier nicht unbestritten, doch immer siegreicher durch.[3]) Vor allen Dingen haben aber die neueren Kodifikationen den abstrakten Rechtsakten immer weitere Zugeständnisse machen müssen, wie der bayrische Entwurf,[4]) dann besonders der Dresdener Entwurf[5]) und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch, das sogar den mündlichen abstrakten Vertrag als selbständigen Verpflichtungsgrund anerkennt,[6]) das schweizerische Obligationenrecht[7]) und nicht zum

[1]) Vgl. die bei Leske § 94 S. 314 A. 2 aufgefürten Entscheidungen, dazu R.G. 26 S. 77; Bähr S. 252; Klingmüller S. 68 A. 3 und dort Zitierte.

[2]) Vgl. dafür bes. Rocholl I S. 257—334; Dernburg, Preuss. Priv. II § 15 S. 35; Koch S. 47—66. Dagegen bes. Förster-Eccius I § 76; vgl. auch Preuss. Obertribunal 11 S. 345. — Vgl. auch Ackermann S. 573; Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 195 A. 3.

[3]) Vgl. Motive I S. 689 A. 1; Haidlen S. 873; Dernburg l. c.; Oertmann S. 250; ferner für öster. R. Hruza S. 64 fg., S. 80.

[4]) a. 21—23, 212; Haidlen l. c.

[5]) a. 342, 922—926; Haidlen l. c.

[6]) §§ 782, 1347—1401.

[7]) a. 15, 843.

mindesten unsere Kodifikationen des Handels-[1]) und Wechselrechts.[2])

c) im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Daher war es auch unzweifelhaft, dass die Entwürfe zum neuen Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich das abstrakte Rechtsgeschäft und besonders als dessen typische Form im Obligationenrecht das abstrakte Schuldversprechen aufnehmen würden. Das geschah, „um einem praktischen Bedürfnis zu genügen",[3]) zunächst im Entwurf I.[4]) Hier ist es besonders bemerkenswert, dass die Motive dazu[5]) es eigentlich gar nicht für erforderlich halten, diesen Schritt besonders zu verteidigen und sich damit begnügen, die Gültigkeit der abstrakten Akte einfach aus dem Willen des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, herzuleiten.[6])

Im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst handelt der § 780 von dem Schuldversprechen, dessen abstrakten[7]) Charakter die Worte: „Das Versprechen die Leistung selbständig begründen soll," deutlich erkennen lassen.

Von dem Schuldanerkenntnis handelt der § 781. Der Unterschied zwischen beiden[8]) besteht nur in der Form des Ausdrucks, er ist praktisch und theoretisch flüssig.[9])

---

[1]) H.G.B. a. 301, 363. Vgl. Staub, Komm. H.G.B. § 363, a. 22. R.O.H.G. 7, S. 204, 8, S. 431, 19, S. 277.

[2]) a. 4. a. 8, 14, 23, 81, 82. Vgl. Grünhut I S. 454.

[3]) Mot. II S. 690. Vgl. auch Prot. II S. 501 ff.; Ackermann S. 573 f.; Klingmüller S. 76 ff.

[4]) I §§ 683, 684.

[5]) II S. 687 f.

[6]) Vgl. Oertmann S. 249.

[7]) aber nicht notwendig abstrakten, wie Gareis, Vorbem. z. 3. Abschn. S. 109 behauptet. Das ist nur der Wechsel und die Auflassung.

[8]) Sie stimmen fast wörtlich überein mit den §§ 719, 720, Entwurf II; §§ 765, 766 Bundesratsvorlage; §§ 764, 765 Reichstagsvorlage; Ackermann S. 574.

[9]) Vgl. Prot. Bd. II S. 502 Abs. 1, S. 503 Abs. 2, S. 508 Abs. 4; Mot. Bd. II S. 690; Haidlen S. 874; Ackermann S. 575; Planck

Dem Schuldversprechen entspricht als formloser Liberationsakt der Erlass des § 397 I und dem Schuldanerkenntnis der negative Anerkennungsvertrag des Absatzes II.

Auch bei ihnen geht ihre abstrakte Natur klar aus dem Wortlaut hervor. Als negativen Anerkennungsvertrag sehen einige, wie z. B. Bähr,[1]) Collatz,[2]) Dilloo,[3]) Endemann[4]) und Rocholl,[5]) auch die Quittung an.

Ueber ihre rechtliche Natur herrschte in dem bisherigen Recht grosser Streit und dieser hat sich, da das Bürgerliche Gesetzbuch hierüber keine besonderen Bestimmungen getroffen hat, auch für das jetzige Recht fortgesetzt. So hält sie z. B. Bülow[6]) im Gegensatz zu der obigen Ansicht nur für ein aussergerichtliches Geständnis.

Meines Erachtens ist der, man kann wohl sagen, herrschenden Meinung[7]) zuzustimmen, dass die Quittung an und für sich nur als Beurkundung einer Thatsache ein Beweismittel ist, dass sie dagegen unter Umständen einen Beweisvertrag und auch einen negativen Anerkennungsvertrag bilden kann.

---

§ 780 N. 5; Collatz S. 139; Oertmann, Kom. Vorbem. z. 20. Titel 2 b; Immelen S. 34; Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 196; Zitelmann, B.G.B. S. 144 f.; Hachenburg S. 321. Nach Förtsch S. 164 f. ist nach dem B.G.B. das Schuldanerkenntnis kein abstrakter Vertrag.

[1]) S. 193 ff.

[2]) S. 135 fg.

[3]) „Die Quittung im Recht und Verkehr."

[4]) Einf. § 141 I, 3 S. 630.

[5]) S. 308 ff.

[6]) „Geständnisrecht" S. 188.

[7]) Vgl. Dernburg, Bürg. R. II, 1 § 115; anders als Pand. II § 54 N. 14 f.; Enneccerus 2. Aufl. S. 533; Fischer-Henle § 368 N. 8, § 397 N. 2; Heilfron Bd. IV S. 261 A. 16; Oertmann S. 253, Kom. § 368 N. 5, Vorbemerkg. z. 20. Titel N. 3; Planck § 368 N. 5; Schollmeyer, Kom. Vorbemerkg. z. 4. Titel; ferner § 397 N. 1 b; Windscheid-Kipp § 412 b S. 778. Ebenso Motive II S. 88 f. und die Mehrheit der Zweiten Kommission; Prot. S. 677. Vgl. auch Zitelmann, B.G.B. S. 147 ff. über die Anerkennung.

Als abstrakte Rechtsgeschäfte sind ferner im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt die Cession[1]) und die Schuldübernahme.

Dies ergiebt sich aus den §§ 398 und 414, wonach bei der Cession unmittelbar mit dem Abschluss des auf die Uebertragung der Forderung gerichteten Vertrages der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers und analog bei der Schuldübernahme der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Noch mehr war der abstrakte Charakter dieser Rechtsakte aus dem § 294 des ersten Entwurfs zu erkennen, wo erklärt war, dass die Vorschriften über den abstrakten Erlassvertrag auf den Uebertragungsvertrag Anwendung finden. Als anscheinend überflüssig hat man dies in der zweiten Lesung gestrichen.[2])

Als weitere abstrakte obligatorische Rechtsgeschäfte kennt das B.G.B. noch die Anweisung oder richtiger das schriftliche Accept auf der Anweisung, und das Inhaberpapier. Die abstrakte Natur des ersteren Aktes folgt aus § 784, wonach durch die Annahme der Anweisung der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, ohne dass dabei die beiden Kausalverhältnisse zwischen ihm und dem Anweisenden und zwischen diesem und dem Anweisungsempfänger in Betracht kämen.

> „Uebrigens ist ihre Zulassung eigentlich nur Konsequenz derjenigen des abstrakten Schuldversprechens, zumal das Erfordernis der schriftlichen Ausstellung auch bei ihr übernommen ist.“[3])

Die Eigentümlichkeiten des Inhaberpapieres liegen zwar bekanntlich auf anderen Gebieten, aber dass es als abstrakter Rechtsakt ausgestellt werden kann, das ergiebt sich nicht nur als Konsequenz des abstrakten Schuldversprechens,

---

[1]) **Nicht bloss die Uebertragung von Forderungen, sondern auch von anderen Rechten, § 413. Vgl. auch § 1069 (Niessbrauch an Rechten), § 1274 (Pfandrecht an Rechten).**

[2]) **Vgl. auch Mot. Bd. II S. 120.**

[3]) **Oertmann S. 253.**

sondern auch unmittelbar aus dem Wortlaut des § 793, wonach der Inhaber der Urkunde die Leistung von dem Aussteller „nach Massgabe des Versprechens“ verlangen kann.[1])

Abgesehen von diesen im B.G.B. als selbständigen Rechtsinstituten aufgeführten abstrakten obligatorischen Rechtsgeschäften können aber auch andere Obligationen auf bestimmte Leistungen, wie Bähr nachgewiesen hat, durch den Parteiwillen ohne Abhängigkeit von ihrer *causa* begründet werden.[2]) So kann z. B. ein abstraktes Schuldversprechen fremder Schuld oder zu Gunsten eines Dritten, da für diese keine Ausnahme von der allgemeinen Zulassung der abstrakten Schuldversprechen gemacht ist, mit voller Verbindlichkeit ausgestellt werden.[3]) Dasselbe gilt von der Novation. Auch sie ist, wenn es in dem Willen der Parteien liegt, ihr einen selbständig verpflichtenden Charakter zu verleihen, ohne Rücksicht auf die *causa*, also abstrakt, verbindlich.[4])

Endlich sind nach dem B.G.B. alle dinglichen[5]) Verträge abstrakt. Denn „der dingliche Vertrag ist seinem

---

[1]) Hierzu gehören auch die Karten, Marken oder ähnliche Urkunden des § 807, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist und die von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben werden, aus welchen sich ergiebt, dass er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will. Vgl. Gareis, Vorbem. z. 3. Abschn. S. 109.

[2]) Vgl. Dernburg, Pand. 2 § 22 S. 65; Bähr S. 24; Rocholl S. 270 ff.; Endemann, Einf. S. 448 A. 7. Vgl. auch Mot. Bd. II S. 687; Prot. Bd. I S. 166, 271, Bd. II S. 440, 492—499; Ackermann S. 574.

[3]) Vgl. Hellwig S. 270; Dernburg, Pand. 1, 1 S. 220.

[4]) Vgl. Oertmann S. 253; Windscheid-Kipp II § 355. Sie wird heute besonders im Kontokurrentverkehr praktisch und hier, wenn das Anerkenntnis des Saldo im Wege der Abrechnung erfolgt, nach § 782 auch mündlich verbindlich.

[5]) Zu ihnen gehören auch die wegen ihrer Stellung im 2. Buch des B.G.B. bereits oben behandelten Erlass und Cession.

Begriffe nach ein abstraktes Rechtsgeschäft.“[1]) Zu dieser anscheinenden Festlegung einer Ansicht des Gesetzgebers, die seinen Rechtsanschauungen entnommen ist, ist er wohl in Wahrheit durch das Gefühl getrieben „in einer Zeit zu leben, die »im Zeichen des Verkehrs« steht und diesen Verkehr soviel als möglich zu beleben.“[2])

Das B.G.B. behandelt also alle dinglichen Rechtsgeschäfte, insbesondere den dinglichen Vertrag,[3]) d. h. die auf die Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Rechts an einer Sache oder einem Rechte unmittelbar gerichteten Rechtsakte als abstrakt.[4]) Für die bisher so bestrittene Tradition ergiebt sich dies aus § 929, wonach ausser der Uebergabe der Sache zur Eigentumsübertragung nur die Einigung darüber notwendig ist, also offenbar der römische *animus transferendi et accipiendi dominii,* während die objektive Existenz einer *iusta causa* als selbständiges Erfordernis fehlt.[5]) Ebenso wie im gemeinen Recht steht jedoch auch hier nichts im Wege, den Eigentumsübergang von der Fehlerlosigkeit der *causa* abhängig und die Uebergabe dadurch zu einem kausalen Rechtsgeschäft zu machen. Ja dies geschieht zwar im Verkehrsleben sogar häufig und zwar nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend.[6]) Irreführend ist daher die Bestimmung der Motive,[7]) dass

[1]) Motive III S. 8.

[2]) Leonhard S. 267.

[3]) Dieser Ausdruck des Entwurfs (I § 828) ist im § 873 des B.G.B. durch „Einigung des Berechtigten und des anderen Teils“ ersetzt, ohne dass jedoch in der Sache hierdurch etwas geändert ist. Eck, S. 123 A. 1; Leonhard S. 267. Vgl. Prot. III S. 59 II; Ackermann S. 584 A. 31; Oberneck S. 182 f.

[4]) Vgl. auch Förtsch S. 155.

[5]) Oertmann S. 253.

[6]) Vgl. Dernburg, Bürg. R. 3 S. 188 § 63, S. 275 § 99; Staudinger § 873 N. II A 1β; bes. Staffel S. 365 ff.; vgl. auch oben S. 19.

[7]) III S. 7, ebenso auch Szkolny und Caro § 104, IV S. 119. Vgl. auch Goldmann-Lilienthal I S. 136 A. 11, „das dingliche Rechts-

die sachenrechtlichen Geschäfte notwendig abstrakter Natur sind.[1]) Dies gilt vielmehr nur für die Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück[2]) (die Auflassung).[3])

Denn nach den §§ 873 und 925 ist nur „die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung" abgesehen von der Eintragung erforderlich, und nach § 925 II ist die Beziehung auf einen Rechtsgrund durch Setzung einer Bedingung überhaupt ausgeschlossen, so dass wir es hier mit einem notwendig abstrakten Rechtsakt zu thun haben. Als abstrakt, wenn auch nicht als notwendig abstrakt, seien endlich noch die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, die Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechts, die Aufhebung und die Aenderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück hervorgehoben.[4])

III. Die Anwendung der §§ 134, 138 B.G.B. und der entsprechenden Sätze des gemeinen Rechts auf die abstrakten Rechtsgeschäfte.

a) Das abstrakte Rechtsgeschäft und seine Beziehung zur causa.

Inwiefern nun die §§ 134 und 138 des B.G.B. und die entsprechenden Sätze des gemeinen Rechts auf diese

---

geschäft muss immer abstrakt sein. Die dennoch erfolgte Angabe der *causa* ist rechtlich ohne Bedeutung". Er lässt jedoch zu, das dingliche Geschäft von der *causa* in der Weise abhängig zu machen, dass die *causa* als eine Bedingung hinzugefügt wird.

[1]) Vgl. Dernburg l. c.

[2]) Vgl. auch § 1017, a. 63, 68 E.G. Dazu Crome I S. 332 A. 10.

[3]) Im § 925 wird als „Auflassung" schon „die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderliche Einigung des Veräusserers und Erwerbers" bezeichnet.

[4]) Vgl. die §§ 873, 875, 877, 880; ferner auch § 1032 (Nießbrauch an Sachen), § 1205 (Pfandrecht).

von uns soeben aufgeführten abstrakten Rechtsgeschäfte Anwendung finden, das zu untersuchen ist nun unsere Hauptaufgabe.

Bei der Beantwortung dieser Frage haben wir wegen der eigentümlichen Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte, bei denen ihre *causa* in dem abstrakten Rechtsakte selbst, wenigstens regelmässig,[1]) nicht zum Ausdruck kommt, scharf zu unterscheiden, ob der Verstoss gegen die Verbotsgesetze oder gegen die Sittlichkeit den abstrakten Akt selbst trifft oder nur seine *causa*.

Ist das letztere der Fall, so erhebt sich für uns sofort die Frage, wie das Verhältnis der *causa* zu dem ihr zu Grunde liegenden, aber von ihr „abgezogenen" Rechtsakte beschaffen ist, oder mit anderen Worten, welche Einwirkung ihre Mängel auf den abstrakten Akt ausüben.

Es ist nun möglich, dass infolge der mangelhaften *causa* das abstrakte Rechtsgeschäft entweder *ipso iure* nichtig[2]) oder: zwar *ipso iure* gültig ist, aber durch *condictio* und *exceptio* wieder beseitigt werden kann oder endlich, dass auch dies nicht der Fall ist.

1. Die mangelhafte causa macht den abstrakten Akt selbst nichtig

a) im gemeinen Recht.

Dafür, dass eine mangelhafte *causa*, trotzdem sie in dem abstrakten Rechtsgeschäft selbst nicht bezeichnet ist, diesen nichtig machen kann, bieten uns im römischen Recht die Schenkungsverbote ein gutes Beispiel. Trotz

---

[1]) Vgl. Cosack S. 587; Ackermann S. 575 f., der danach absolute und relative Abstraktheit unterscheidet.

[2]) Für die Anfechtbarkeit ist selbstverständlich in unserem Falle kein Raum. Vgl. hierfür bes. Oertmann, Abstr. Verspr. S. 106. Das Gesetz erwähnt nirgends den Mangel der *causa* als solchen als Anfechtungsgrund, sondern lässt ihn nur nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung wirken (§ 817).

der abstrakten Natur z. B. der Tradition wirkt doch das auf die sie veranlassende *causa* gerichtete Verbot zugleich annullierend auf die Tradition ein, so dass die Wirkung des Eigentumsüberganges nicht eintritt. Dies gilt in formeller Beziehung für die nicht insinuierte grosse Schenkung[1]) und in materieller Beziehung für die *donatio inter virum et uxorem.*[2]) Aber selbst hier ist die Nichtigkeit keineswegs der Ausdruck eines allgemeinen juristischen Prinzips, sondern sie bildet in mehr als einer Beziehung die einzige Ausnahme von einer im übrigen durch das ganze Rechtssystem sich hindurchziehenden Regel. Nur durch ein *ius singulare* wird die Wirkung des abstrakten Rechtsaktes, also hier der Tradition, aus sozialpolitischen, nicht juristischen Rücksichten vollständig unterdrückt. Der schenkende Ehegatte wird, was den vermögensrechtlichen Erfolg seiner Schenkung betrifft, so behandelt, wie wenn er als Wahnsinniger über eigenes oder als Dieb über fremdes Gut verfügte, so dass man sagen kann, dass die Nichtigkeit hier auf einer tief eingreifenden Beschränkung der Handlungsfähigkeit beruht.[3])

---

[1]) Vgl. Bähr S. 9; Klingmüller S. 89. Wenn es sich bei der Form auch eigentlich nicht um die *causa* gemäss § 134, 138 B.G.B. handelt, so ist doch auch die die strengeren oder milderen Formvorschriften veranlassende *causa* aus dem abstrakten Akt selbst nicht zu ersehen. Es bieten daher meines Erachtens auch die Formvorschriften uns dafür Beispiele, dass die aus dem abstrakten Akt nicht ersichtliche *causa* doch dessen Nichtigkeit herbeiführen kann. Vgl. auch Oertmann S. 251, Abstr. Verspr. S. 106.

[2]) Vgl. l.l. 1; 3 § 10; 5 § 4, § 18; 10, 11, 33 pr.; 36; 39 pr.; 48 D 24,1 l. 17 pr. D. 16,1. Oertmann S. 251; Dernburg, Pand. 1, 2 § 213 Z. 4 S. 106; Kohler, Archiv für Bürgerl. R. Bd. 18 S. 111; Heilfron V S. 310 A. 11; Gradenwitz S. 6, 193 ff.; Klingmüller S. 84 A. 2.

[3]) Gradenwitz S. 191—193.

β) im B.G.B.

Ebenso wie im römischen, haben wir auch in dem neuen bürgerlichen Recht dafür Beispiele, dass der Einfluss der *causa* auf das zu Grunde liegende abstrakte Rechtsgeschäft von solcher Bedeutung ist, dass es dieses nichtig macht. Das ergiebt sich einmal für Verstösse gegen gesetzliche Formvorschriften.

Abgesehen davon, dass schon nach § 780 und § 781 für das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis ausser bei der Erteilung auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleichs[1]) die schriftliche Form vorgeschrieben ist, obwohl doch die Verbindlichkeit dieser Rechtsgeschäfte eigentlich auf dem Willen des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, beruht, ist doch z. B. für das schenkungsweise erteilte Schuldversprechen die qualifizierte Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung erforderlich.[2]) Ebenso ist für ein solches Versprechen, das unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, die Wahrung der Form der Verfügungen von Todes wegen notwendig.[3]) Trotzdem nun das abstrakte Schenkungsversprechen als abstrakter Akt streng logisch von der *causa* vollständig losgelöst ist, ist es dennoch nichtig, wenn es gegen diese gesetzlichen Bestimmungen verstösst. Das ergiebt sich, abgesehen von den §§ 125 und 134, auch aus dem Wortlaut des § 518 I. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass nach Absatz 2 der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird und im praktischen Leben Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis oft als reale Wertobjekte aufgefasst werden. Allein dies gilt nach dem Wortlaut des § 518 I nur für diese abstrakten Rechts-

---

[1]) § 782.

[2]) § 518. Ebenso im niederländischen Recht, Huysinga S. 68.

[3]) § 2301.

geschäfte (der in den §§ 780 und 781 bezeichneten Art), aber nicht für andere abstrakte Akte, wie z. B. Anweisung, Check, kaufmännischen Verpflichtungsschein, Inhaberpapier und vor allem Wechsel. Die Beurteilung dieser Akte ist vielmehr absichtlich der Wissenschaft und Praxis überlassen worden[1]) und hier ist nun meines Erachtens die Nichtigkeit zu verneinen.[2])

Denselben qualifizierten Formen sind wegen der besonderen Eigenschaften des Leistungsobjektes die Verträge über die Gesamtheit oder einen Bruchteil des gegenwärtigen Vermögens,[3]) über Uebereignung von Grundstücken[4]) und über Verfügungen von Miterben[5]) über ihre Anteile unterworfen.[6])

Ebenso wie in formeller, haben wir auch in materieller Beziehung nicht nur für das römische, sondern auch für das neue bürgerliche Recht dafür Beispiele, dass der Mangel der *causa* das zu Grunde liegende abstrakte Rechtsgeschäft vollkommen nichtig macht, nämlich in den Fällen, wo die *causa* gegen die §§ 656, 762—764 (Ehemaklerlohn, Spiel, Wette, Lotterievertrag und Differenzgeschäft)[7]) verstösst. Auch hier könnte man mit Collatz[8]) behaupten, dass, da

---

[1]) Mot. II S. 294, Prot. II S. 20; Haidlen § 518 S. 582.

[2]) Es kann dies hier nicht weiter ausgeführt werden. Vgl. für die Nichtigkeit: Collatz S. 145; Dernburg Bürg. R. 2, 2 S. 123 § 206; Meissner § 518 A. 4; Weyl I S. 422 A. 5. — Dagegen: Bendix S. 395; Endemann I § 164 A. 3, 7; Hellwig S. 272; Leske S. 218 A. 11; Matthiass 3. Aufl. S. 532; Oertmann, Kom. § 518 N. 2; Planck § 518 N. 2; Staub, A.W.O. 4. Aufl. a. 82 § 38. Vgl. auch R.G. 2 S. 5 (Wechsel).

[3]) § 311.

[4]) § 313.

[5]) § 2033.

[6]) Vgl. auch die Uebertragung eines Genossenschaftsanteils.

[7]) Vgl. auch Börsengesetz § 66 Abs. 4.

[8]) in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 145, ebenso wohl auch Motive S. 645; Stammler S. 29, doch liegt bei ihm wohl nur ein Versehen vor (vgl. hierzu auch Hellwig S. 237/238 A. 537; Oertmann § 656 N. 1, § 762 N. 3).

die fehlerhafte *causa* in dem abstrakten Rechtsgeschäft selbst nicht unmittelbar hervortritt, dieses wegen seines selbständigen Charakters *ipso iure* gültig sei, aber meines Erachtens lässt sich diese Ansicht gegenüber dem Wortlaut des § 762, dem der des § 656 nachgebildet ist, nicht halten. Denn hier ist ausdrücklich gesagt, dass die Vorschriften, dass eine Verbindlichkeit nicht begründet werde, auch für eine Vereinbarung gelten, durch die jemand eine Verbindlichkeit eingeht, und insbesondere für ein Schuldanerkenntnis. Hiermit kann aber nur gemeint sein, dass das abstrakte Rechtsgeschäft „schlechthin klaglos", d. h. völlig nichtig und nicht etwa bloss durch *condictio* und *exceptio* anfechtbar ist. Dies war denn auch die Meinung der zweiten Kommission,[1]) die von ihr kodifiziert werden sollte. Hier aber gilt dies nicht bloss, wie im Fall des § 518 für Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, sondern für jede Eingehung einer Verbindlichkeit, besonders z. B. auch die eines Wechsels. Dies ist denn auch die herrschende Meinung[2]) und schon für das gemeine Recht hinsichtlich der vergleichsweisen Anerkennung des aus einem Differenzgeschäft erhobenen Anspruches vom Reichsgericht festgesetzt.[3])

---

[1]) Prot. S. 801; vgl. auch Meissner S. 246.

[2]) Vgl. Ackermann S. 576; Bendix S. 491; Cosack I § 162 N. 14; Eccius in Gruchots Beitr. 42 S. 202; Endemann, Einf. I § 187 S. 847; Enneccerus §§ 292, 320, 351 S. 625, 686, 744; 2. Aufl. S. 694, 758; Fischer-Henle § 762 N. 6; Hellwig S. 237/238, A. 537; Kipp S. 12; Windscheid-Kipp § 412b S. 776 § 364 S. 505; Kuhlenbeck, Kom. § 762 N. 2—3; Leske § 66 S. 218 A. 11 S. 303; Matthiass S. 567 3. Aufl. S. 603; Meissner S. 246; Oertmann S. 251 Kom. § 656 N. 1, § 762 N. 3; Planck § 762 N. 3, § 656 N. 5. Vgl. auch R.G.E. v. 2. Juli 1901; Neumann § 780 Vorbem.; Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 508; Staub, A.W.O. a. 82 § 38.

[3]) Oertmann S. 251; R.G. 37 S. 416 ff.; vgl. auch R.G. 23 Nr. 26 S. 139; Gruchots Beitr. 36 Nr. 56 S. 991, R.G. 42 S. 117.

Die Frage, ob die entgeltliche Heiratsvermittelung und daher auch etwa die hierbei eingegangene Verbindlichkeit, z. B. die Ausstellung eines Wechsels oder Schuldversprechens der Sittlichkeit widerspricht und deshalb die unsittliche *causa* das abstrakte Rechtsgeschätt nichtig macht, kommt hierbei meines Erachtens gar nicht in Betracht. Denn die Unsittlichkeit hat im § 656 keinen Ausdruck gefunden, sondern dieser Paragraph ist lediglich dem § 762, wo doch wohl hiervon keine Rede sein kann, nachgebildet. Ueberhaupt hängt es meines Erachtens auch von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob ein Vertrag der fraglichen Art im gegebenen Falle unsittlich und demzufolge nichtig ist oder nicht.[1])

2. *Die gegen die Verbotsgesetze und gegen die Sittlichkeit verstossende causa hat auf die ipso iure Gültigkeit des abstrakten Aktes keinen Einfluss*

α) im gemeinen Recht.

Abgesehen von diesen einzelnen besonderen Fällen haben die Mängel der *causa* auf die *ipso iure* Gültigkeit des zu Grunde liegenden abstrakten Aktes keinen Einfluss. Also wenn auch eine *causa* überhaupt nicht vorhanden ist, oder wenn sie zwar vorhanden ist, aber gegen ein gesetzliches Verbot oder *contra bonos mores* verstösst und deshalb von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird, in welchem Falle man ja auch sagen kann, dass juristisch die *causa* ebenfalls ermangelt, also selbst dann ist z. B. das abstrakte Schuldversprechen gültig und verpflichtend und

---

[1]) Vgl. Planck, Oertmann l. c. Motive II S. 511; Hachenburg S. 56 f.; Matthiass 3. Aufl. S. 602. — Anders Kohler, Arch. f. Bürg. R. Bd. 5 S. 166 fg., Bd. 12 S. 317 fg.; er nimmt schlechthin Unsittlichkeit der entgeltlichen Heiratsvermittelung an; vgl. besonders noch R.G. 46 S. 177 f., R.G. 46 S. 152 ff.

ebenso geht auch dann bei der Tradition Eigentum über. Allein absolut unempfindlich gegen die fehlerhafte *causa* ist trotzdem der abstrakte Akt auch in diesen Fällen nicht. Denn dies würde sich nicht mit den zwingenden Rechtsnormen vertragen, die sonst auf die leichteste Weise umgangen werden könnten. Vielmehr ist es überall, im gemeinen und auch in dem neuen bürgerlichen Recht dem Aussteller des abstrakten Schuldversprechens und dem Uebertragenden bei der Tradition gestattet, die etwaigen Mängel der *causa* geltend zu machen und deswegen das abstrakte Rechtsgeschäft mittelst einer *condictio*[1]) in der Offensive und einer *exceptio* in der Defensive wieder aufzuheben. Hierdurch aber beseitigt er die Wirkungen des abstrakten Rechtsgeschäfts vollkommen. Es ist daher auch in diesen Fällen die endgültige Vermögensverschiebung unter den Kontrahenten selbst im Endeffekt durchaus von der Güte der *causa* abhängig.[2])

Allein die Anstellung der Bereicherungsklage ist dem Leistenden nur gestattet, wenn der Verstoss gegen das Verbotsgesetz oder gegen die Sittlichkeit den Empfänger allein trifft.[3]) Befinden sich jedoch Geber und Empfänger *in pari turpitudine* oder handelt nur der Geber allein verbotswidrig oder unsittlich, dann gilt der bekannte Satz *in pari turpitudine* oder *in pari causa melior esse debet causa possidentis,*[4]) d. h. die Rückforderung ist in diesen Fällen ausgeschlossen. „Denn die Rechtsordnung hat nicht den zu schützen, der aus seiner eigenen rechtswidrigen

---

[1]) auf Herausgabe der etwa ausgestellten *cautio* und Befreiung von der eingegangenen Stipulationenverbindlichkeit. Vgl. auch Matthiass 3. Aufl. S. 702 und unten S. 43, 47 f.

[2]) Vgl. Oertmann S. 250; in Grünhuts Zeitschr. S. 741; Abstr. Verspr. S. 106 f. Klingmüller S. 110, 115.

[3]) l. 1 § 2; l. 2; l. 4 § 2, D 12, 5.

[4]) l. 128 pr. D. 50, 17; vgl. auch „*beati possidentes*“ l. 8 D. 12, 5.

Handlung Schaden erleidet."[1]) Ebenso wie im römischen und gemeinen Recht gilt dies auch in den neueren Kodifikationen, so im preussischen Allgemeinen Landrecht,[2]) in dem französischen Code civil,[3]) dem österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch,[4]) dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch[5]) und endlich im schweizerischen Obligationenrecht.[6]) Dies hat denn auch der erste Entwurf[7]) zum neuen B.G.B. und dieses selbst, wie wir noch[8]) sehen werden, aufgenommen. Nur hat im preussischen Recht die Bereicherungsklage nicht der Leistende, sondern der Fiskus.[9])

Da es sich hier um eine rechtshindernde Thatsache handelt, so hat natürlich in allen diesen Fällen der Versprechende den Beweis, dass eine solche, den Akt erschwerende oder annullierende *causa* bei dem abstrakten Rechtsgeschäft mitgewirkt hat, zu führen. Dies liegt nun aber einmal in dem eigentümlichen Charakter dieser Rechtsgeschäfte und ist auch nur zu billigen.[10])

In dieser Lehre von der Anfechtung des abstrakten Rechtsgeschäftes mittelst *condictio* und *exceptio* findet nun Kindel, der überhaupt, wie oben erwähnt,[11]) behauptet, dass jedes Rechtsgeschäft eines Rechtsgrundes bedarf, einen logischen Widerspruch. Er meint, dass die *condictio* nur

---

[1]) Endemann, Einf. I § 198 S. 901. Vgl. auch Collatz, Ungerechtf. Vermögensverschiebung S. 28; l. 3 l. 4 l. 8 D. 12, 5.

[2]) I, 16, § 172, 173, 205, 206, 209—211.

[3]) a. 1131 fg.

[4]) Vgl. Grabscheid S. 386.

[5]) § 1540 fg.

[6]) a. 17, 75.

[7]) § 684, 743, Z. 1.

[8]) S. 42 ff.

[9]) Siehe A. 2 oben. Dagegen Kohler „Ideale im Recht", Arch. f. Bürg. R. Bd. 5 S. 241; Grabscheid l. c.

[10]) Vgl. Oertmann S. 251; Ackermann S. 583, 589, auch o. S. 6 f.

[11]) Siehe oben S. 21 f.

eine Klage auf Nichtigkeitserklärung des betreffenden Rechtsgeschäfts sei.[1]) Denn mit dem Begriff der Anfechtbarkeit, „der das Rechtsgeschäft zwischen Sein und Nichtsein (?) in der Mitte schweben lässt, sucht man," wie er erklärt, „zwischen den kontradiktorischen Gegensätzen der Nichtigkeit und Gültigkeit etwas Drittes einzuschieben, welches es nicht giebt."[2]) Nach seiner Ansicht ist die *condictio* „eine Klage auf Ungültigkeitserklärung nicht bloss aller Rechtsgeschäfte, sondern insbesondere auch der Traditionen, indem sie aus ihrer Nichtigkeit und auf das Nichtigkeitsinteresse gegeben wird."[3]) Nun behauptet aber niemand ausser Kindel,[4]) dass die Anfechtbarkeit zwischen den kontradiktorischen Gegensätzen der Gültigkeit und Ungültigkeit, zwischen denen es allerdings ein Drittes nicht giebt, in der Mitte steht, sondern man behauptet dies nur für Gültigkeit, besser Vollgültigkeit und Nichtigkeit. Und diese Gegensätze sind eben nur konträre.[5]) Ueberhaupt ist ja die *condictio,* wie jede Anfechtungsklage, nicht auf die Nichtigkeit, sondern gerade auf die Gültigkeit des abstrakten Aktes, der erst hinfort in seinen Wirkungen beseitigt werden soll, begründet. Dies folgt auch schon ohne weiteres aus der rein persönlichen Wirkung der *condictio.* Dass hierin nur eine positive Begünstigung des *bonae fidei*-Erwerbers liege, ist eine „nur durch ihre unbestreitbare Originalität imponierende Behauptung Kindels, die schon an der Nichthaftung selbst des schlechtgläubigen

---

[1]) S. V.

[2]) S. 244. Vgl. auch S. V, S. 13.

[3]) S. 152.

[4]) S. 13. Hierin folgt ihm daher nicht, wie sonst Kuhlenbeck, der S. 323 im Gegensatz zu ihm behauptet, dass die *condictio* keine Klage aus der Nichtigkeit des Eigentumsüberganges, sondern aus der Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts sei. Vgl. auch oben S. 22.

[5]) Oertmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 21 S. 742.

Erwerbers mit einer dinglichen Klage, als welche selbst Kindel die von ihm dazu herangezogene *actio doli* auszugeben schwerlich den Mut haben wird, schmähliches Fiasko macht.“[1]) Denselben Effekt wie die *condictio* für den Kläger, hat die *exceptio* für den Beklagten. Auch hier ist der Anspruch des Klägers immer vorhanden und eben nur in seiner Durchführung gehemmt. Der Beklagte beruft sich auf ein Gegenrecht, welches den an sich vorhandenen Rechtsanspruch paralysiert. Aber deshalb ist das Recht des Klägers doch noch lange kein Nichtrecht.[2]) Endlich widerspricht Kindels Theorie von der *condictio* direkt den Quellen.[3]) Es liegt also in dem Begriff der Anfechtbarkeit kein logischer Widerspruch. Wir müssen daher Kindel gegenüber gerade besonders für das römische Recht mit seinem auf Beseitigung nicht bloss von realen Leistungen, sondern auch auf Befreiung von blossen Versprechen gerichteten Kondiktionensystem unsere Meinung aufrecht erhalten, dass die *causa*, auch wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot oder die Sittlichkeit verstösst, den von ihr abstrahierten Rechtsakt nicht nichtig, sondern nur durch *condictio* und *exceptio* angreifbar macht.[4])

Dasselbe müssen wir auch Lotmar gegenüber thun. Dieser behauptet in Bezug auf die unmoralischen Stipulationen, dass auch „diejenige ungültig ist, deren Leistung für sich nicht unsittlich ist (wie das Versprechen einer Geldzahlung), deren Leistung aber aus unsittlichem Grunde oder zu unsittlichem Zweck versprochen worden ist.“[5]) Gegen Lotmar scheinen mir sogar die von ihm selbst an-

---

[1]) Oertmann S. 250.

[2]) Oertmann in Grünhuts Zeitschr. 21 S. 743.

[3]) besonders l. 1 § 1 D. XIII, 3, l. 7, l. 29, l. 23 D. XII, 6, l. 3 D. XII, 7, l. 36 D. XLI, 1. Vgl. Oertmann l. c. S. 744 ff.

[4]) Vgl. auch Collatz S. 141 A. 3 in Iherings Jahrb. Bd. 40.

[5]) S. 36.

geführten[1]) Quellenstellen zu sprechen und gerade das Gegenteil seiner Ansicht darzulegen. Denn in l. 8, D. 12, 5 wird der *„ob turpem causam promissio"* nur eine *exceptio doli mali vel in factum"* entgegengestellt und ausdrücklich gesagt, dass die *stipulatio* nur *„propter exceptionem inanis est"*, was anscheinend Lotmar übersehen hat, da er in der Anmerkung 128 S. 152 nur den ersten Teil der l. 8 abdruckt. Ebenso kann von einer *ipso iure* geltenden Nichtigkeit meines Erachtens auch in den angeführten l. l. 1 und 5, C. 4, 7 keine Rede sein. Denn das *„exactioni locum non esse, denegandas esse actiones"* spricht unzweifelhaft für die Annullierung des *ipso iure* gültigen Aktes.[2]) Endlich scheint mir auch die von Lotmar zitierte[3]) Stelle von Brinz eher gegen als für ihn zu sprechen. Denn Brinz sagt hier ausdrücklich,[4]) dass mit der *turpis causa* der verwerfliche, die Stipulation *ipso iure* entkräftende Gegenstand des Versprechens, wie wohl er selbst noch *turpis causa* heisst, nicht zu verwechseln ist. Wenn man freilich, wie es fast allgemein und mit Recht geschieht,[5]) unter Ungültigkeit sowohl Nichtigkeit wie Anfechtbarkeit versteht, dann ist es allerdings richtig, dass in den angeführten Fällen Ungültigkeit vorliegt. Meines Erachtens entspricht diese Ausdrucksweise auch vollkommen den Anschauungen der Römer, die, wie wir schon oben[6]) gesehen haben, den Unterschied, wie wir zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, so zwischen civilrechtlicher und prätorischer

---

[1]) A. 128 S. 152 und A. 129 S. 152. Vgl. auch l. 1 § 2, l. 2, l. 3 D 12, 5, wo überall nur von einer *condictio* die Rede ist.

[2]) Vgl. Ravit S. 51; Oertmann S. 252.

[3]) A. 128 S. 152. Brinz, Pand. II, 2 § 302 a. E.

[4]) in Bezug auf l. 24 J. 3, 19.

[5]) Vgl. z. B. Kuhlenbeck I S. 325; Gradenwitz S. 2, S. 4; Windscheid-Kipp I § 82; Oertmann in Grünhuts Zeitschr. S. 742; Crome I S. 345 f.

[6]) S. 12 f.

Gültigkeit nicht hatten. So erklärt ja auch Lotmar selbst,[1]) dass es keinen Unterschied bei den Römern im Grade der Ungültigkeit, sondern nur in der Form der Realisierung mache, ob die Ungültigkeit sich in Versagung der Klage oder in Gewährung einer Einrede äussere. Allein dann kann man auch nur behaupten, dass die Stipulationen, deren *causa contra bonos mores* verstösst, ungültig ist, aber nicht, wie Lotmar, dass sie *ipso iure* nichtig ist und dass die Einrede der *turpitudo* dem Richter nur die Nichtigkeit des Vertrages zum Bewusstsein bringen soll.[2])

β) im heutigen Recht.

α) Die gegnerische Ansicht der Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts.

Nun behauptet aber Lotmar dies nicht nur für das römisch-gemeine, sondern auch für das neue bürgerliche Recht. Es sind nämlich, wie schon oben[3]) angedeutet, die betreffenden Bestimmungen der bisherigen Rechte im wesentlichen in den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs und in dieses selbst übergegangen. Hier bestimmt § 817 Satz 1, dass, wenn der Zweck einer Leistung in der Weise bestimmt war, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet ist. Da auch hier die Rechtsordnung den nicht zu schützen hat, der aus seiner eigenen rechtswidrigen Handlung Schaden erleidet, so bestimmt der 2. Satz des § 817:

> „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in

[1]) S. 52.
[2]) Vgl. bes. S. 52, 54; ferner S. 36, 51, 63.
[3]) S. 38.

der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.“ [1])

Befinden sich also Geber und Empfänger *in pari turpitudine,* dann kann die Leistung, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit, also z. B. in dem Ausstellen eines abstrakten Schuldversprechens oder Wechsels bestand, zurückgefordert werden,[2]) d. h. es kann, weil sonst der Schuldner an sein Versprechen gebunden sein würde, das Gesetz aber einen dem Geiste der Rechtsordnung widersprechenden Anspruch nicht anerkennen kann,[3]) der Schuldner Befreiung[4]) von der eingegangenen Verbindlichkeit verlangen und die etwa ausgestellte Urkunde zurückfordern. Dies will die stylistisch ziemlich misslungene und, wie der Erfolg zeigt, leicht missverständliche Ausnahme des § 817: „es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand“, besagen.[5])

Dem gegenüber führt nun Lotmar[6]) aus, dass, wenn der Empfänger und der Versprechende durch die Annahme und Abgabe des Versprechens gegen die guten Sitten verstossen haben, „es kaum anders denkbar ist, als dass das Versprechen selber ein gegen die guten Sitten verstossendes war. Ein solches Versprechen ist nichtig.

---

[1]) Vgl. für den Umfang der Herausgabe die §§ 818, 819, bes. die strengere Haftung des § 819 II gegenüber dem gemeinen Recht.

[2]) Anders im österreichischen B.G.B. § 1174; Grabscheid S. 384.

[3]) Planck § 817 N. 2. Daher ist auch nach § 344 die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam.

[4]) Die auch in der Anerkennung, dass die versprochene oder anerkannte Schuld nicht existiere, bestehen kann.

[5]) Vgl. bes. Oertmann S. 252, Kom. § 817 N. 3; Collatz S. 141; Matthiass 3. Aufl. S. 702; Endemann, Einf. I S. 901 § 198; Grabscheid S. 386; Cosack S. 622. Vgl. auch Ackermann S. 589.

[6]) S. 63, vgl. auch S. 171. A. 180.

Ist es nichtig, so erzeugt es keine Verbindlichkeit. Es wird seinem Empfänger nichts geleistet, so dass es nicht begreiflich erscheint, wieso gegen ihn »eine Rückforderung« gehen könnte; nur von einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit kann die Rede sein. Es ist daher anzunehmen, dass das Gesetz mit der Zulassung der »Rückforderung« gegenüber der »Verbindlichkeit« eben deren Ungültigkeit ausdrücken wollte, die sich in der Rückforderung eines Schuldscheines äussern mag. Man kann wohl sagen, dass diese Ausdrucksweise weder üblich noch glücklich ist.«

Derselben Ansicht wie Lotmar sind Matthiass, Dernburg, Staub und anscheinend auch Weyl.[1])

Matthiass führt mit Bezugnahme auf Lotmar dieselben Gründe an und behauptet ebenfalls, wegen der Nichtigkeit des abstrakten Versprechens könne die Zulassung der Rückforderung sich nur etwa auf den Schuldschein beziehen, da von einer Herausgabe (Befreiung von der Verbindlichkeit) nicht die Rede sein könne.[2])

[1]) Ebenso auch Klingmüller S. 83 ff., obgleich gerade er besonders hervorhebt, dass der subjektive Rechtsgrund, „die juristische Absicht", durch Ausscheidung des Kausalmoments aus dem gesetzlich erforderlichen Geschäftsinhalte in die Stellung des rechtlich unerheblichen Motivs zurückgedrängt sei. Vgl. S. 84, 36, 38, 39, 46, 48, 82 ff., 104, 112, 113; und ebenso endlich auch Hachenburg S. 323, weil, wenn es sich um eine zu Grunde liegende unsittliche Verpflichtung handele, der Zweck des Versprechens sei, die Erfüllung eines unsittlichen Geschäfts herbeizuführen, der Inhalt des Schuldversprechens daher gegen die guten Sitten verstosse und das Versprechen demgemäss selbst nichtig sei. Sie beide übersehen vor allem, dass im § 817 ausdrücklich die *ipso-iure*-Gültigkeit des Versprechens bestimmt ist. Auch ist in der von Klingmüller für das römische Recht als Beispiel genannten (S. 84 A. 3) l. 8 D. 12, 5 gerade das Gegenteil bestimmt, s. o. S. 41. Vgl. ferner wegen der l. 26 D. 45, 1 u. S. 74, wegen R.G. 8 S. 97 (S. 85 A. 1) u. S. 60; vgl. auch oben S. 12.

[2]) I, § 141 S. 626. In der 3. Aufl. hat Matthiass S. 702 f. seine Ansicht geändert. Er lässt hier den Befreiungsanspruch zu und weist darauf hin, dass eine bei Abschluss eines Geschäfts

Auch Dernburg erklärt, dass ein abstraktes Rechtsgeschäft, das gegen die §§ 134 oder 138 verstosse, nichtig sei, selbst wenn der gesetzwidrige oder unsittliche Bestimmungsgrund im abstrakten Akt z. B. im Schuldschein nicht sei hervorgehoben. „Denn", so begründet er seine Ansicht, „die Frage, ob ein Geschäft sittlich oder unsittlich ist, kann von diesem zufälligen und rein äusserlichen Umstande nicht abhängig sein." Allerdings giebt Dernburg zu, dass hiermit § 817, wo wegen eines solchen Schuldversprechens nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zugestanden wird, nicht im Einklang steht. Da aber § 817 dem § 138 widerspricht, „so ist", wie er meint, „die letztere, als die prinzipielle und innerlich allein gerechtfertigte Vorschrift, als massgebend zu erachten".[1])

Dieselbe Ansicht vertritt Dernburg noch an einer anderen Stelle.[2]) Hier behauptet er in Bezug auf den § 817, dass dessen Bedeutung im Systeme des B.G.B. zweifelhaft sei. Nach §§ 134 und 138 sei jedes Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstosse, nichtig. Die Uebereignung vollziehe sich also im Rechtssinne nicht, so dass der Uebereignende das gesetzwidrig oder unsittlicherweise Gewährte vindizieren könne; ebenso bestehe die Forderung nicht, welche gegen Gesetz und die guten Sitten begründet würde. Wenn § 817 hierauf keine besondere Rücksicht nehme, so könne doch nicht angenommen werden, dass er den Eintritt jener Folgen beseitigen wolle. „Allerdings

---

einer oder beiden Parteien zur Last fallende subjektive Unsittlichkeit noch nicht die Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Geschäfts mit sich bringe. Von solchen gültigen Verbindlichkeiten handele die Vorschrift des § 817, also von einer Kondiktion solcher Verbindlichkeiten.

[1]) Bürg. R. 2, 1 § 90 S. 199 f.

[2]) l. c. 2, 2 § 379 S. 601 siehe auch unten noch insbesondere für das Sachenrecht S. 65.

nehmen", wie Dernburg selbst erklärt, „viele an, da die Uebereignung von ihrer *causa* losgelöst sei, die Unsittlichkeit aber in der *causa* liege, so sei die Uebereignung, um Unsittliches zu bewirken, als solche gültig. Aber", so begründet Dernburg seine gegenteilige Ansicht, „jene Loslösung liegt auf dem Gebiete des privaten Willens. Die Frage, ob eine Handlung ethisch verwerflich, also dem öffentlichen Wohle zuwiderlaufend ist, kann hiervon nicht abhängig gemacht werden." [1])

Auf Dernburg nimmt wieder Staub ausdrücklich Bezug und zieht deshalb den § 138 dem „widersprechenden" § 817 vor.[2])

Endlich scheint mir auch Weyl die Rückforderung des § 817 Satz 2 nur auf die etwa ausgestellte Urkunde zu beziehen, da er diese Ausnahme damit begründet, dass die Verbindlichkeit in diesem Falle nach B.G.B. §§ 134 und 138 nichtig wäre.[3])

b) Widerlegung dieser Ansicht und Begründung der eigenen von der ipso iure Gültigkeit der abstrakten Akte.

αI. Im allgemeinen: gegen sie spricht

1. § 817.

Wenn diese Ansicht Lotmars, Dernburgs und der übrigen Anhänger der Theorie von der Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts wirklich richtig wäre, dann forderte allerdings der § 817 das Missverständnis geradezu heraus und dann hätte freilich Lotmar darin Recht, dass die Ausdrucksweise des § 817 weder üblich noch glücklich ist. Allein ebenso, wie seine Meinung für das gemeine

[1]) Gegen Dernburg neuerdings bes. Oertmann, Abstr. Verspr. S. 105—108; Enneccerus 2. Aufl. I, 2 S. 785.

[2]) Kom. z. H.G.B. Bd. II § 350 A. 9 S. 1087 f.; vgl. jedoch A.W.O. a. 82 §§ 36, 35.

[3]) Arch. f. Bürg. R. Bd. 14 S. 148.

Recht den Quellenstellen gegenüber unhaltbar ist, steht sie auch, wie ja auch Dernburg anerkennt, mit dem Wortlaut des § 817 nicht im Einklang. Denn wenn man diesem gegenüber annehmen wollte, dass es sich hier nur um Feststellung der Nichtigkeit des abstrakten Aktes handeln könne, dass also eine wirkliche Verbindlichkeit überhaupt niemals entstanden wäre, dann wäre auch nichts geleistet. Es könnte also von einer Rückforderung der Leistung oder von einer Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit keine Rede sein. Diese Annahme heisst jedoch, dem § 817 mit Dernburg geradezu die Existenzberechtigung absprechen. Dass man aber dann besser thut, für das Recht des B.G.B. die gegenteilige Ansicht für falsch zu erklären und übereinstimmend mit dem römischen Recht die Rückforderung der Leistung im § 817 Satz 2 b. im Sinne einer Liberationskondiktion der eingegangenen Verbindlichkeit selbst zu verstehen, das zeigt wohl am besten die meines Erachtens überzeugende Widerlegung Lotmars in Bezug auf den § 817 durch Oertmann:[1]) „Den § 817 so zu verstehen, dass mit der Zulassung der »Rückforderung« gegenüber der *ob turpem causam* übernommenen »Verbindlichkeit« deren Ungültigkeit ausgedrückt sein solle, heisst doch dem Gesetze leichthin den Vorwurf einer mehr als missverständlichen Ausdrucksweise entgegenschleudern". Steht Lotmars Auslegung mit dem Gesetzestexte in Widerspruch, so wird man im Zweifel gut thun, nicht diesen, sondern jene für falsch zu erachten. Freilich bleibt auch meinem Gegner in unserem Falle für eine *condictio* Raum — nämlich auf Rückforderung des etwa gegebenen Schuldscheines! Aber an die Zugkraft dieses verzweifelten Argumentes, das schon an den Worten: „wenn die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand" scheitert, glaubt er offenbar

[1]) S. 252. Vgl. auch Abstr. Verspr. S. 105.

selbst nicht recht. Wäre das *ob turpem causam* konstituierte *debitum* schlechthin ein *indebitum,* so wäre das zu ihrer Erfüllung Geleistete einfach *indebite* geleistet und es wäre nicht abzusehen, wieso der Schluss des § 817 seine Rückforderung ausschliesst.

2. Die Bereicherungsklagen überhaupt.

Es ist daher die Ausnahme des § 817 Satz 2 „es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand", gegen Lotmar und Matthiass schlechthin beweisend und schon diesem Wortlaut gegenüber ihre Lehre unhaltbar. Dies hat denn auch Dernburg richtig erkannt, aber wenn er dennoch dieselbe Ansicht, wie Lotmar, aufrecht erhält, so verkennt er meines Erachtens ebenso wie die übrigen Anhänger dieser Theorie, dass sie auch den Bereicherungsklagen überhaupt und auch der selbständig verpflichtenden Natur des abstrakten Aktes widerspricht. Denn einmal bestimmt der § 812 mit seiner allgemeinen Klage wegen aller Fälle einer ungerechtfertigten Bereicherung im Absatz 2, dass als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses gilt. Selbstverständlich und daher nicht weiter hervorgehoben ist es, dass ebenso wie das Schuldanerkenntnis, auch das Schuldversprechen als eine „Leistung" im Sinne des § 812 gilt.[1]) Hierin liegt also nach dem Gesetz eine Bereicherung des Versprechensempfängers, die derselbe „auf Kosten des Versprechenden" erlangt. Ist dies nun „ohne rechtlichen Grund" geschehen, das abstrakte Schuldversprechen also *sine causa, indebite, ob causam datorum* oder in unserem Falle *ob turpem vel iniustam causam* gegeben, wo man sagen kann, dass ebenso wie bei den vorher genannten Fällen juristisch die *causa* ermangelt, dann ist der Em-

[1]) Vgl. auch Ackermann S. 586.

pfänger zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Er muss also bei der Erteilung eines Schuldversprechens die darüber ausgestellte Urkunde herausgeben und anerkennen, dass die versprochene Schuld nicht besteht, dadurch also den Schuldner von seiner *ipso iure* bestehenden Verpflichtung befreien. Der Liberationskondiktion in der Offensive entspricht die *exceptio* in der Defensive, d. h. der Schuldner kann die Erfüllung der ohne rechtlichen oder rechtlich wegen der Verwerflichkeit der *causa* nicht anerkannten Grund eingegangenen Verbindlichkeit verweigern.[1]) Davon dass eine wirkliche Verbindlichkeit wegen der den §§ 134, 138 widersprechenden *causa* niemals entstanden, sondern der abstrakte Rechtsakt *ipso iure* nichtig ist, kann hiernach auch den Bereicherungsklagen gegenüber keine Rede sein. Wenn einmal nach dem Kondiktionensystem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis als Leistung, d. h. selbstverständlich als gültige Leistung anerkannt werden, dann muss man auch sagen, dass auch dann, wenn die Leistung, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, gegen die §§ 134, 138 verstösst, sie, also in unserem Falle das abstrakte Schuldversprechen, doch *ipso iure* gültig und verpflichtend ist und nur durch *condictio* und *exceptio* in seiner Endwirkung beseitigt werden kann.[2])

Noch klarer erkennt man die Notwendigkeit gegenüber den hiernach völlig im Einklang stehenden §§ 817 und 812 B.G.B. und überhaupt gegenüber den Bereicherungsklagen die abstrakten Akte auch bei Verstoss ihrer *causa*

---

[1]) Vgl. § 821 und dafür, dass sich die *exceptio* trotz der rein persönlichen Natur der Bereicherungsklagen wegen des realen Vollzuges der Vermögensübertragung in gewissen Fällen nach Art eines dinglichen Anspruchs auch gegen Dritte wenden kann, § 822; auch Ackermann S. 589 und Oertmann, Abstr. Verspr. S. 107.

[2]) Vgl. auch Oertmann S. 252, Abstr. Verspr. S. 105 ff.; Enneccerus § 92 S. 223 f., 2. Aufl. S. 247.

gegen Sittlichkeit und Verbotsgesetze für *ipso iure* gültig zu erklären, wenn man die Materialien zum B.G.B. in Berücksichtigung zieht. Denn im ersten Entwurf zum B.G.B. regelt ausdrücklich ein besonderer Paragraph, nämlich § 684 den materiell rechtlichen Einfluss der zu Grunde liegenden *causa* auf das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis und zwar vollkommen in unserem Sinne. Klar und deutlich spricht dieser § 684 in Absatz 1 aus:

> „Der Schuldner, welcher ein den Verpflichtungsgrund nicht angebendes oder nur im allgemeinen bezeichnendes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis erteilt hat, kann die Erfüllung der aus dem Versprechen oder Anerkenntnisse sich ergebenden Verpflichtung verweigern oder Befreiung von der letzteren verlangen, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gelten."

und vor allem[1]) in Absatz 3:

> „Die Verweigerung der Erfüllung und der Anspruch auf Befreiung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass von dem Schuldner durch Erteilung des Versprechens oder Anerkenntnisses gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen wurde."

Obgleich sonst auch nach dem Entwurf[2]) ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, nichtig ist, ist doch der abstrakte Akt hiernach auch in diesem Falle *ipso iure* gültig, so dass nur durch *condictio* Befreiung von der bereits einge-

---

[1]) Vgl. auch Abs. 2 und Goldmann-Lilienthal I S. 136 A. 10.
[2]) I, § 106.

gangenen Verbindlichkeit verlangt werden kann. Die zweite Kommission[1]) erklärte nun zwar die Aufnahme besonderer Bestimmungen und daher auch die des § 684 über das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis für entbehrlich, liess jedoch die Zulässigkeit der Kondiktion von diesen Rechtsakten ausser allem Zweifel. Endlich spricht auch die Denkschrift des Bundesrats es ausdrücklich aus, dass nach dem Wesen und Zweck des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses der Schuldner zwar an und für sich aus dem ursprünglichen Grunde Einwendungen gegen den Anspruch des Gläubigers nicht herleiten darf, dass es aber gleichwohl nicht ohne rechtliche Bedeutung ist, wenn dieser Verpflichtungsgrund an einem Mangel leidet, und dass dem Schuldner das Recht verbleibt, wegen eines solchen Mangels die Erfüllung nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zu verweigern, auch sich für ihn aus den fraglichen Vorschriften unter Umständen ein Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit ergiebt.[2])

3. Die selbständige Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte.

Abgesehen von diesem Widerspruch der *ipso iure* Nichtigkeit der abstrakten, durch ihre *causa* gegen die §§ 134, 138 verstossenden Rechtsgeschäfte wird von den Anhängern dieser Theorie der Nichtigkeit vor allem die eigentümliche Natur der abstrakten Akte nicht hinreichend gewürdigt. Besonders bei Dernburg scheint mir dies aus seinen Worten hervorzugehen, dass unsere Frage von dem zufälligen und rein äusserlichen Umstande, ob der gesetzwidrige oder unsittliche Bestimmungsgrund im abstrakten Rechtsgeschäft selbst hervorgehoben sei, nicht abhängig sein könne. Nun ist aber meines Erachtens dieser

[1]) Prot. II S. 696 f.
[2]) S. 93 V. Vgl. auch Ackermann S. 585 f.

Umstand keineswegs immer ein zufälliger und rein äusserlicher. Dies bezeugen vor allem die notwendig abstrakten Rechtsakte, wie z. B. Wechsel und Auflassung, bei denen man es doch wohl in keinem Falle behaupten kann. Ebensowenig aber kann man mit Dernburg bei diesen Rechtsakten meines Erachtens erklären, dass „die Loslösung von ihrer *causa* auf dem Gebiete des privaten Willens liege“ und deshalb „die Frage, ob eine Handlung ethisch verwerflich, also dem öffentlichen Wohl zuwiderlaufend sei, hiervon nicht abhängig gemacht werden könne“. Kann man nun aber unsere Frage von der Hervorhebung des Rechtsgrundes bei den notwendig abstrakten Akten abhängig machen, so liegt meines Erachtens auch kein Grund vor, dies auf die anderen abstrakten Rechtsgeschäfte nicht analog auszudehnen. Denn wenn es auch hier im Belieben der Parteien steht, auf die *causa* Bezug zu nehmen oder das Rechtsgeschäft von ihr loszulösen, so ist doch auch die Verbindlichkeit solcher durch den Privatwillen abstrakt gestalteter Akte vom Recht anerkannt. Vor allen aber kommt es auch bei diesen ja gar nicht zum Ausdruck, dass sie den zwingenden Rechtsnormen des öffentlichen Wohls gegenüberstehen. Denn bei dem abstrakten Rechtsgeschäft tritt eben die *causa* überhaupt nicht hervor. Sie bildet daher auch nicht ein Moment des rechtsgeschäftlichen Inhalts, sondern das abstrakte Geschäft verschweigt sie. Unabhängig steht sie der abstrakten Willenserklärung als ein Drittes gegenüber. Folglich kann die vom Recht gemissbilligte, gesetzwidrige oder unsittliche *causa* den Willenserklärungen dort, wo sie nicht Moment ihres Inhalts, sondern von ihnen getrennt ist, auch nicht ihre fehlerhafte Qualität mitteilen und daher auch nicht für die rechtsgeschäftliche Wirkung der abstrakten Geschäfte als ein mögliches Deliktselement von Einfluss sein.[1]) Es haben

[1]) Isay S. 107. Vgl. Jakobi S. 93; ferner unten A. 2 S. 53.

also meines Erachtens die abstrakten Rechtsakte, deren *causa* gegen die §§ 134, 138 verstösst, gar nicht einen objektiv gesetzwidrigen oder unsittlichen Charakter und steht daher nichts im Wege, ihre *ipso iure* Gültigkeit anzuerkennen. Infolgedessen kann ich auch nicht Matthiass in Bezug auf den § 817 Satz 2 beistimmen, dass „es dem § 817 Satz 2 gegenüber schwer möglich ist, dass das abstrakte Versprechen nicht unter die §§ 134, 138 fällt.[1]) Im Gegenteil macht meines Erachtens der gesetzwidrige oder unsittliche Charakter der *causa*, da diese keinen Teil des abstrakten Rechtsaktes bildet, sondern aus demselben ausgeschieden ist,[2]) auch den abstrakten Akt nicht notwendig zu einem gesetzwidrigen oder unsittlichen. Zwar wird durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts etwas Gesetzwidriges oder Unsittliches befördert, aber dies kann meines Erachtens wohl nicht genügen, sondern der Inhalt des Geschäfts selbst muss gegen die §§ 134, 138 verstossen, um demselben einen objektiv fehlerhaften Charakter aufzuzwingen.[3]) Uebrigens hebt auch Lotmar[4]) selbst hervor, dass die objektive Unmoralität des Rechtsaktes von der subjektiven Unmoralität der Beteiligten durchaus zu trennen ist.

Dass also in unserem Falle die Erfordernisse der §§ 134, 138 nicht vorliegen, das machen auch einige Beispiele sofort augenscheinlich. Wird nämlich bei dem Verkauf eines Bordells, also bei einem anerkanntermassen unsittlichen Rechtsgeschäfte,[5]) über den Kaufpreis ein Wechsel

---

[1]) § 141 S. 626.

[2]) Vgl. Enneccerus § 158 IV S. 362.

[3]) Vgl. auch Enneccerus § 92 S. 221, 223 f., 2. Aufl. S. 244 247 f.; Oertmann, Abstr. Verspr. S. 106. Kom. § 817 N. 3.

[4]) Z. B. S. 56 f. Vgl. auch Oertmann l. c., Motive I S. 211.

[5]) R.G. 29 S. 106 Nr. 28 (21. März 1892), 38 S. 201 (7. Dezember 1896). Vgl. auch Goldmann-Lilienthal I S. 178 II.

ausgestellt, so erscheint es mir nicht mit Lotmar[1]) „kaum anders denkbar, als dass das Versprechen selber ein gegen die guten Sitten verstossendes ist", sondern meines Erachtens kann von einer neuen selbständigen Unsittlichkeit keine Rede sein.

Und auch die Förderung der Unsittlichkeit durch den Bordellverkauf kann nicht von so massgebender Wirkung für den Wechsel sein, dass sie diesen notgedrungen in den Kreis ihrer Unsittlichkeit mit hineinzöge. Dies drückt sehr treffend eine entsprechende Umänderung eines bekannten Quellenausdrucks[2]) von Oertmann[3]) aus: *„Turpiter fecit, quod vendiderit, sed, cum vendiderit, non turpiter stipulatus est."*

Dasselbe gilt für § 134. Wenn z. B. jemand mit einem Zollbeamten einen Vertrag schliesst und ihm dafür, dass dieser jedesmal seine Koffer ununtersucht lässt, eine Gegenleistung verspricht, so ist wegen der Rechtswidrigkeit[4]) der *causa* das Rechtsgeschäft nichtig. Giebt er aber dem Zollbeamten das Versprechen in Wechselform, so liegt hierin keine neue Rechtswidrigkeit und der Wechsel ist daher gültig.[5])

In diesen Beispielen zeigt sich auch deutlich die vom Gesetz z. B. in § 780 für das Schuldversprechen hervorgehobene selbständig verpflichtende Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte.

Denn die Wechselverbindlichkeit entspringt in den obigen Fällen nicht aus dem Verkauf des Bordells oder dem Bestechungsvertrage mit dem Zollbeamten, sondern aus dem in Wechselform ohne Angabe des Schuldgrundes gegebenen Zahlungsversprechen, das die Verpflichtung

---

[1]) Siehe oben S. 43.
[2]) Vgl. l. 4 § 3 D 12, 5.
[3]) S. 252.
[4]) § 333 St.G.B.
[5]) Isay S. 108.

selbständig begründen soll. Deshalb kann auch die Nichtigkeit jener unsittlichen und gesetzwidrigen Verträge nicht die Nichtigkeit der Wechselobligation nach sich ziehen. Diese ist vielmehr ein ganz neuer, mit dem anderen Vertrage in keiner Beziehung zusammenhängender Akt, der von ihm völlig unabhängig ist.[1]) „Selbständig ist aber nur das, was selbst — ohne Stütze — stehen kann. Wird ein Vertrag, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll, vom Gesetz als gültig anerkannt, bedarf es also des Rechtsgrundes des Versprechens als einer Stütze nicht mehr, so kann es nicht fallen, wenn dieser Rechtsgrund auf unsicheren Füssen steht oder wenn es ganz an einem Rechtsgrunde fehlt. Also Grund und Zweck des Versprechens können dieses selbst nicht ungültig oder nichtig machen.“[2]) Auch im Hinblick hierauf kann ich daher Dernburg nicht beistimmen, wenn er die Hervorhebung des Schuldgrundes in diesen Fällen für einen zufälligen und rein äusserlichen Umstand erklärt.

4. § 134 selbst in Verbindung mit § 817.

Zu diesem allen kommt nun noch hinzu, dass der § 817 meines Erachtens überhaupt nicht, wie Dernburg behauptet, den §§ 134, 138 widerspricht. Abgesehen davon, dass, wie hinreichend dargelegt ist, die fehlerhafte *causa* dem abstrakten Akt selbst keinen objektiv feherhaften Charakter aufzwingen kann, ergiebt sich dies besonders für den § 134 klar aus seinem Wortlaut. Denn er sagt, dass „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt.“ Nun ergiebt sich aber gerade aus § 817 das Gegenteil. Denn dieser lässt, wie aus seinem Wortlaut

[1]) Vgl. auch R G. 8 S. 97, unten S. 60.
[2]) Collatz S. 142.

deutlich hervorgeht und wie ja auch Dernburg selbst zugiebt, die Rückforderung der Leistung, in unserem Falle also die Befreiung von der Verbindlichkeit, sogar bei gegenseitigem Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot, zu. Deshalb können wohl zum mindesten Dernburg und anscheinend auch Weyl nicht behaupten, dass die abstrakte Forderung, welche gesetzwidrig begründet wurde, nichtig sei.

So erklärt denn auch Matthiass,[1]) der im Fall des § 138 Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts annimmt, dass für den Fall, dass das Verbotsgesetz das kausale Geschäft trifft, es fraglich und Auslegungsfrage sei, ob die Nichtigkeit auch die darauf gegründete abstrakte Vermögensverschiebung treffe. Da die salvatorische Klausel des § 134 im § 138 fehlt, so könnte man schon eher die Meinung von Lotmar, Dernburg, Matthiass und Staub vertreten, dass ein abstraktes Rechtsgeschäft, „das gegen die guten Sitten verstösst", nichtig ist. Allein dies widerspricht einmal den Bereicherungsklagen überhaupt und zwar besonders den Bestimmungen der mit einander harmonierenden §§ 812 II und 817 Satz 2 und sodann der selbständig verpflichtenden Natur dieser Rechtsakte, bei denen die *causa* keinen Bestandteil des Rechtsaktes bildet und daher auch keinen Einfluss auf ihn ausüben und ihm notwendig den Stempel eines objektiv unsittlichen Aktes aufdrücken kann. Es liegt also auch gar kein Widerspruch des § 817 mit § 138 I vor. Aber selbst wenn man dies finden würde, dann könnte ich doch nicht mit Dernburg den § 138 I als die prinzipielle und allein gerechtfertigte Vorschrift für massgebend ansehen, sondern meines Erachtens müsste man auch in diesem Falle ein solches Rechtsgeschäft für *ipso iure* gültig erklären. Denn abgesehen von den oben erwähnten Umständen, die gegen die Nichtigkeit sprechen, liegt meines Erachtens vor allem auch kein Grund vor,

[1]) S. 202 III A. 3. Aufl. S. 226.

ein unsittliches Geschäft anders als ein gesetzwidriges zu behandeln. Sollte man also wirklich einen Widerspruch zwischen § 817 Satz 2 und § 138 I für vorliegend erachten, dann müsste man meines Erachtens den § 138 I restriktiv auslegen. Ja auch Lotmar[1]) erklärt in Bezug auf die weite, bisher nicht gekannte Fassung des § 138 I, dass die theoretische Ueberlegung und die praktische Anwendung sich sehr bald vor die Aufgabe gestellt sehen wird, dem Rechtssatz des B.G.B., wonach jeder „gegen die guten Sitten verstossende" Vertrag nichtig sei, einen engeren Sinn beizulegen, d. h. zu bestimmen, inwiefern der Vertrag gegen die guten Sitten verstossen müsse, um darum nichtig zu sein."[2]) Ebenso meint auch Matthiass,[3]) dass der Grundsatz des § 138 I durch den § 817 Modifikationen erfahre.

5. § 138 II.

Weiter ergiebt sich die Richtigkeit unserer Ansicht auch aus dem § 138 selbst und zwar aus dem 2. Absatz über die wucherlichen Geschäfte. Einmal ist nämlich, wie aus den Worten „Nichtig ist insbesondere" hervorgeht, das wucherische Geschäft als Teil des unsittlichen Geschäfts des 1. Absatzes hingestellt. Es finden daher auch alle von uns schon für die *ipso iure* Gültigkeit dieses Geschäfts angeführten Gründe Anwendung. Sodann ist aber andererseits dadurch, dass das wucherische Geschäft selbst für nichtig erklärt worden ist, seine Vornahme für eine unmittelbar gesetzwidrige hingestellt, so dass die Frage der Unsittlichkeit und als deren Folge der Rechtswidrigkeit hierbei gar nicht geprüft zu werden braucht und der wucherische Vertrag nur noch wegen seiner Stellung im

---

[1]) S. 80.

[2]) Ebenso Jakobi S. 103; Steinbach S. 8; Cohn S. 788; vgl. auch Motive I 211 f.; ferner unten S. 79 f.

[3]) S. 205 C. 2, 3. Aufl. S. 228 C. 2.

§ 138 als unsittlich gelten muss.[1]) Die Vornahme des wucherischen Geschäfts bildet infolgedessen einen unmittelbaren Verstoss gegen § 134, und es ist daher für unseren Fall der abstrakte Rechtsakt nicht *ipso iure* nichtig, da sich das Gegenteil aus § 817 ergiebt. Vor allem aber widerspricht der Wortlaut des 2. Absatzes des § 138 und der besondere Charakter des wucherischen Geschäfts selbst der Ansicht Lotmars und Dernburgs. Gegen sie sind besonders die Worte: „für eine Leistung sich Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt", entscheidend. Denn dies fehlt eben bei den abstrakten Rechtsgeschäften, wie z. B. bei dem abstrakten Schuldversprechen und bei der Tradition. Die Frage, wofür es ausgestellt wird oder wofür tradiert wird, ist überhaupt nicht Inhalt des abstrakten Aktes. Ebensowenig ist dies daher auch mit dem auffälligen Missverhältnisse zwischen der Leistung und den Vermögensvorteilen der Fall. „Folglich kann niemals ein isoliertes Versprechen an sich, sondern immer nur ein durch das Gegenversprechen synallagmatisch verknüpftes einen wucherischen Inhalt haben."[2]) Hier wird also der selbständige Charakter dieser Rechtsakte gleichsam in erhöhtem Masse sichtbar. Der § 138 II zieht also abstrakte Geschäfte überhaupt nicht in den Kreis seiner Bestimmungen.[3]) Es sind daher der Wechsel, die Auflassung, das Schuldversprechen u. s. w. nicht aus § 138 II nichtig, sondern nur aus § 817 mit der *condictio ob turpem causam* angreifbar. Es widerspricht also auch der § 138 II nicht dem § 817. Sollte man aber gegen meine Ansicht mit Dernburg wirklich annehmen, dass § 138 I dem § 817 widerspricht, so ist der Absatz 2 nur ein Grund mehr

---

[1]) Vgl. Steinbach S. 20, 26 f.: Lotmar S. 100; Leonhard S. 378; Szkolny und Caro § 138 N. 2.

[2]) Oertmann S. 252.

[3]) Vgl. Leonhard S. 379; Enneccerus § 158 IV S. 362.

dafür, dass dann Absatz 1 restriktiv ausgelegt werden muss. Hierfür spricht meines Erachtens auch noch der Umstand, dass, wenn es überhaupt abstrakte Rechtsgeschäfte giebt, die, wie z. B. ein wucherisches Schuldversprechen, trotz der unsittlichen *causa ipso iure* gültig sind, man diese Gültigkeit wohl ruhig auf alle übrigen abstrakten Rechtsakte, deren *causa contra bonos mores* verstösst, ausdehnen kann.

6. Die Rücksicht auf den Vermögensverkehr.

Endlich soll man auch bei der Beurteilung civilrechtlicher Institute immer beachten, welchen ökonomischen Zwecken sie dienen und wie sie ihnen dienen. Denn es ist die Aufgabe unserer heutigen, im Zeichen des Verkehrs stehenden Gesetzgebung, diesem hoch entwickelten Vermögensverkehr die zeitgemässen Formen zu schaffen, in denen er sich bethätigen und sich rechtliche Anerkennung verschaffen kann. „Die Paragraphen des Civilrechts sind wie ein vielfach ineinander greifendes Räderwerk, dessen volles Verständnis man nur gewinnt, wenn man weiss, wozu die Maschine benutzt wird und wie sie arbeitet.“[1]) Dass aber in Anbetracht dessen die Annahme der Nichtigkeit[2]) in unserem Falle die Sicherheit des Vermögensverkehrs[3]) beseitigen und dem redlichen Verkehr mit bei derartigen abstrakten Rechtsgeschäften ausgestellten Papieren schwereren Schaden zufügen würde, als die Gültigkeit z. B. den Wucherern zu gute kommen würde, das braucht wohl nicht weiter ausgeführt zu werden.

---

[1]) Ackermann S. 590.

[2]) Danach könnten selbst beim Inhaberpapier und beim Wechsel auch dem redlichen Erwerber der verbotswidrige oder unsittliche, insbesondere auch der wucherische Charakter der *causa* entgegengehalten werden. Vgl. Oertmann, Abstr. Verspr. S. 107.

[3]) Vgl. auch für das Grundbucheigentum Denkschrift S. 174; Turnau S. 95.

7. Die bisherige Praxis und Wissenschaft in Bezug auf den Wechsel.

Abgesehen davon, dass die wirksamen Kampfmittel auf ganz anderem Gebiete liegen,[1]) sind die Bedenken, dass die abstrakten Rechtsgeschäfte leichtfertig abgeschlossen werden und dann bei ihrer *ipso iure* Gültigkeit grossen Schaden anrichten könnten, gegenüber der Thatsache hinfällig, dass in der angedeuteten Beziehung schon im bisherigen Recht die *ipso iure* Gültigkeit der Wechsel keine erheblichen Missstände hervorgerufen hat, obgleich gerade ihre Ausstellung viel grössere Gefahren heraufbeschwören kann, weil jedem gutgläubigen Erwerber gegenüber die Einreden sehr beschränkt sind.[2]) Ihre Gültigkeit wird in unserem Falle, abgesehen davon, dass sich auch andere gewichtige Stimmen für die Gültigkeit erhoben haben,[3]) besonders vom Reichsgericht vertreten. Hier ist vor allem das trefflich begründete Urteil vom 28. März 1883[4]) erwähnenswert. Denn in Bezug auf das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 Artikel 3, das die Verträge für ungültig erklärt, welche gegen die Vorschriften des Artikel 1 über die §§ 302a, 302b verstossen, entscheidet das Reichsgericht:

> „Hierunter können, wenn die wucherlichen Vermögensvorteile wechselmässig versprochen worden sind, nur die den Wechseln zu Grunde liegenden Verträge, nicht die dadurch veranlassten Wechsel verstanden werden. Denn die in den §§ 302a, 302b a. a. O. erwähnten Verträge, durch welche für ein Darlehen oder eine Stundung eine Vergütung versprochen wird, sind alle Zeit zweiseitige und einen bestimmten Schuldgrund enthaltende, wogegen der Wechsel ein einseitiges Summenversprechen ohne Angabe des Schuldgrundes ent-

[1]) **Enneccerus § 158 IV S. 362; Leonhard S. 267.**

[2]) **A.W.O. a. 82. Vgl. Ackermann S. 592; Crome I S. 333 A. 15.**

[3]) **Siehe Enneccerus § 158 IV S. 362.**

[4]) **R.G. 8 S. 97. Vgl. auch Oertmannn, Abstr. Verspr. S. 107.**

hält. Somit ergiebt sich die Ungültigkeit des Wechsels nicht unmittelbar aus Artikel 3 des Reichsgesetzes vom 24. Mai 1880. Ebensowenig folgt dieselbe mittelbar aus der in Artikel 3 verordneten Ungültigkeit des die Veranlassung des Wechsels bildenden wucherlichen Vertrages. Ein in Ausführung eines wucherlichen Vertrages formgerecht ausgestellter Wechsel begründet mithin eine gültige und klagbare Wechselforderung."

Allerdings wird in einem späteren Erkenntnisse[1]) die Hypothekenbestellung für eine wucherische Forderung für nichtig erklärt, aber nur deshalb, weil sie einen Bestandteil des wucherlichen Rechtsgeschäfts bildet,[2]) der deshalb auch denselben rechtlichen Folgen unterliegt, wie dieses.[3]) Auch wird in dem letzten Erkenntnisse ausdrücklich erklärt, dass das Urteil nicht mit dem von uns vorher genannten in Widerspruch stehe.[4])

Derselben Ansicht wie das Reichsgericht huldigen auch die Vertreter der Wissenschaft. Fast alle stehen, indem sie meistens auf die Entscheidung des Reichsgerichts[5]) Bezug nehmen, auf unserem Standpunkt, so z. B. Bechmann[6]) und Endemann,[7]) ferner von den besonderen Vertretern

---

[1]) R.G. 36 S. 308 f. (E. v. 22. Januar 1896). Vgl. auch R.G. 39 S. 144 (E. v. 6. Oktober 1897).

[2]) Dies ist meines Erachtens nicht richtig. Vgl. auch Enneccerus § 158 IV S. 362.

[3]) R.G. 36 S. 314.

[4]) S. 315. Vgl. Enneccerus l. c.; Oertmann S. 252, Abstr. Verspr. S. 107, Kom. § 817 N. 3, R.O.H.G. 3 S. 360.

[5]) vom 28. März 1883, siehe oben R.G. 8 S. 96.

[6]) S. 640. Er hebt hervor, dass der Wechsel ebenso wie die *litterarum obligatio* im römischen Recht für das sittliche Postulat unempfänglich ist.

[7]) Verbotsges. S. 100. Er betont, dass selbst, wenn die vernichtende Kraft des verletzten Gesetzes geltend gemacht wird, ein solcher Wechsel doch keineswegs nichtig, sondern nur anfechtbar ist.

des Wechselrechts Grünhut,[1]) Rehbein,[2]) Staub[3]) und Thöl.[4]) Sie erklären, dass der Wechsel unabhängig ist von dem unterliegenden Rechtsverhältnis und dass dessen Ungültigkeit, oder besser Nichtigkeit, die des Wechsels z. B. bei einem wucherischen Geschäft nicht zur Folge hat, nur eine Einrede *in personam* liege vor.

8. Die herrschende Meinung.

Unsere Meinung wird nun aber nicht bloss für das bisherige Wechselrecht, sondern auch für das neue bürgerliche Recht und zwar für alle abstrakten Rechtsgeschäfte vertreten. Den wenigen Anhängern der Nichtigkeit,[5]) nämlich Lotmar, Matthiass, Dernburg und Staub, zu denen vielleicht noch Weyl zugehört, stehen nämlich fast alle übrigen Juristen entgegen. So einmal die von uns schon erwähnten Ackermann, Collatz,[6]) Endemann,[7]) Enneccerus,[8]) Jakobi,[9]) Isay, Leonhard,[10]) Oertmann, Rehbein, ferner

---

[1]) S. 453 f. Er erklärt, dass selbst bei unerlaubter *causa* doch nur ein obligatorischer Anspruch, eine *condictio* oder *exceptio* gewährt wird.

[2]) A.D.W.O. a. 82 N. 6 S. 134; ebenso Kom. z. B.G.B. § 138 N. 4 S. 187.

[3]) Kom. A.D.W.O. a. 82 § 34—37, ebenso 4. Aufl., anders oben S. 46.

[4]) II, S. 225 A. 1.

[5]) Siehe oben S. 44. Dazu kommt danach Klingmüller und Hachenburg, während Matthiass zur Gegenpartei übertritt.

[6]) Bes. Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 140—142. Ungerechtf. Vermögensversch. S. 27.

[7]) Vgl. auch Einf. I S. 901.

[8]) Vgl. auch S. 711 und S. 774 2. Aufl. S. 785 u. 831; ferner S. 531 f.

[9]) S. 93. „§ 138 findet keine Anwendung, weil der möglicherweise unsittliche Zweck nicht zum Ausdruck kommt."

[10]) Siehe auch S. 379. „§ 138 ist auf abstrakte Rechtsgeschäfte in seinem vollen Umfange unanwendbar."

Bendix,[1]) Cohn,[2]) Cosack,[3]) Crome,[4]) Eccius,[5]) Eck,[6]) Goldmann-Lilienthal,[7]) Heilfron,[8]) Hellmann,[9]) Kipp,[10]) Kuhlenbeck,[11]) Otto,[12]) Planck,[13]) Schollmeyer,[14]) Staffel,[15]) Stammler,[16]) Szkolny und Caro.[17])[18])

Sie weisen alle teils nur andeutungsweise, teils mehr oder weniger ausführlich darauf hin, dass es sich als notwendige Folgerung aus dem Wesen des abstrakten Rechtsgeschäfts ergiebt, dass die *causa*, die nicht in dasselbe aufgenommen ist, daher auch keinen Bestandteil desselben bildet, auch keinen Einfluss auf die Gültigkeit des abstrakten Aktes ausüben kann. Dieses bleibt nach ihren

---

[1]) S. 491.

[2]) S. 793.

[3]) S. 588, 622.

[4]) I, S. 331 bes. A. 6, 332. „Man stellt sich auf den Standpunkt: *Solve et repete!*" „Der materielle Rechtsgrund wird in dem Geschäfte unterdrückt. — Die Zuwendung unabhängig davon gestellt . . ." S. 346 bes. A. 12.

[5]) Gruch. Beitr. Bd. 42 S. 202.

[6]) S. 122/123 (Vortr.)

[7]) I, S. 136 S. 117, 3 S. 436 f. 453.

[8]) IV, S. 917.

[9]) S. 174 f., S. 189. Vgl. auch S. 28.

[10]) „§ 817 kommt zur Anwendung. Das Gesetz hat nicht die Folgerung gezogen, dass das Versprechen nichtig ist," S. 12; Windscheid-Kipp § 412b S. 776.

[11]) Kom. § 817 N. 2.

[12]) Sächs. Arch. Bd. 9 S. 11.

[13]) § 817 N. 2 S. 590.

[14]) Kom. § 397 N. 1c., N. 2 a. E., Vorbem. z. 4. Abschnitt 2a § 398 N. 1.

[15]) S. 360.

[16]) S. 30.

[17]) § 134 N. IV S. 118 f.

[18]) Vgl. auch Zitelmanns Hinweis auf § 817 in betreff der Wirkung der Verbote B.G.B. S. 104 und auf die §§ 812 ff. und bes. 817 in betreff der bereits ungültigen Zwecksatzung und der abstrakten Geschäfte. B.G.B. S. 131 f.

Ausführungen vielmehr als solches bestehen, und nur ein obligatorischer Anspruch wird gewährt, um die ungerechtfertigte Bereicherung wieder auszugleichen. Diese notwendige Folgerung der *ipso iure* Gültigkeit zeigt sich, wie sie zum Teil hervorheben, am prägnantesten bei einem Schuldversprechen im Anschluss an ein wucherliches Geschäft, da es als einseitiges abstraktes Versprechen einen wucherischen Charakter überhaupt nicht annehmen kann.

α) II. Im besonderen in Bezug auf das Sachenrecht.

Da die *ipso iure* Gültigkeit für alle abstrakten Rechtsgeschäfte gilt, so ist dies, wenngleich es bisher nicht so besonders hervorgehoben wurde, natürlich auch für die sachenrechtlichen abstrakten Akte der Fall. Auch der dingliche abstrakte Vertrag ist also nicht nichtig, wenn auch das zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft verbotswidrig oder unsittlich ist, sondern nur durch *condictio* und *exceptio* angreifbar; und zwar gilt dies sowohl für das römisch-gemeine, wie für das neue bürgerliche Recht.[1]) Es ist demgemäss, wenn der Zweck der Leistung in der Weise bestimmt war, dass nur der Empfänger durch die Annahme gegen ein Verbotsgesetz oder die Sittlichkeit verstossen hat, der Empfänger zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Ist noch nicht geleistet, so kann er die Erfüllung der ohne rechtlich anerkannten Grund eingegangenen Verbindlichkeit nicht verlangen.[2]) Die Rückforderung der Leistung ist jedoch ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt. Infolgedessen ist auch z. B. die Tradition in diesem Falle *ipso iure* wirksam. Das Eigentum geht über. Der Uebertragende kann daher nicht mehr mit der *rei vindicatio* die Sache zurückverlangen

[1]) Vgl. l. 1 § 2, l. 2 l. 3 D. 12, 5. B.G.B § 817.
[2]) § 821.

und, wenn sein Mitkontrahent etwa in Konkurs gerät, ein Aussonderungsrecht geltend machen. Handelt es sich um Grundstücke, so ist auch hier die Uebertragung des Eigentums oder die sonstige Begründung eines dinglichen Rechts, z. B. einer Grundschuld, gültig. Es kann daher auch hier nicht von einer Feststellung der Nichtigkeit, dass also das Eigentum nicht übergegangen sei, die Grundschuld nicht bestehe, und demgemäss von einer Berichtigung im Grundbuch die Rede sein, sondern es bedarf hier der Rückauflassung des Grundstücks und der Wiederaufhebung des Grundschuldanspruchs.[1]) Auch hier ist daher Dernburgs Ansicht, der besonders die Meinung der Nichtigkeit für die sachenrechtlichen Rechtsgeschäfte vertritt, nicht zu billigen.[2])

Er behauptet nämlich, wie schon oben[3]) angedeutet, dass gemäss der §§ 134, 138 B.G.B. die Uebereignung sich im Rechtssinne nicht vollziehe, so dass der Uebereignende das in gesetzwidriger oder unsittlicher Weise Gewährte vindizieren könne. Wenn § 817 hierauf keine besondere Rücksicht nehme, so könne doch nicht angenommen werden, dass er den Eintritt jener Folgen beseitigen wolle. Er bestimme (vielmehr) den Umfang des persönlichen Rückforderungsanspruchs in besonderer Weise für die Fälle, in welchen unsittlicherweise eine Leistung erfolgte, aber eine Vindikation gleichwohl ausgeschlossen sei, z. B. weil das behufs des verbotenen oder unsittlichen Zweckes Gezahlte vom Empfänger bereits verbraucht[4]) sei. Zur Erläuterung für seine Ansicht führt

[1]) Vgl. auch Hachenburg S. 262 f., 2. Aufl. S. 542 ff.

[2]) Vgl. in Bezug auf die sachenrechtlichen Rechtsgeschäfte vor allem Bürg. R. 2, 2 § 379, II S. 601.

[3]) S. 45.

[4]) Dernburg führt noch weiter richtig an, dass eine solche Rückforderung, wie dies bei der römischen *ob turpem causam* der Fall war, ausgeschlossen ist, wenn das Geschäft nicht bloss für den Empfänger, sondern auch für den Geber schändlich war.

Dernburg folgende Beispiele an: „Wenn man jemanden zu einem Morde gegen Uebereignung eines Pferdes gedungen hat und dieses ist noch beim Empfänger, so kann der Geber das Pferd vindizieren; denn die Uebereignung war nichtig. Wenn man aber z. B. Geld gab, welches der Mörder verbrauchte, so kann man von diesem nichts verlangen".

Abgesehen von diesem letzten Falle, wo auch Dernburg die Rückforderung ausschliesst, scheint mir die Entscheidung Dernburgs ebensosehr mit dem römischen, wie mit dem heutigen Recht unvereinbar. Denn das Dingen zum Morde ist für den Empfänger und für den Geber des Pferdes gleich schändlich.[1]) Für diesen Thatbestand aber sprechen für das römische Recht die auch von Dernburg zitierte l. 3 und ferner l. l. 4 und 8 D. 12, 5 und für das B.G.B. § 817 Satz 2 deutlich die Verweigerung der Bereicherungsklagen aus. Wird dem Leistenden aber die *condictio ob turpem causam* versagt, so muss ihm notgedrungen auch jede andere *condictio* und ebenso die *rei vindicatio* versagt werden, damit er nicht, was ihm wegen der auch ihn selbst treffenden *turpitudo* versagt wird, aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte erlangt.[2]) Er kann also die Leistung überhaupt nicht zurückfordern, folglich auch nicht vindizieren, so dass der Empfänger nicht bloss Besitzer, sondern auch Eigentümer wird.[3]) Dies entspricht denn auch dem bekannten Satze: *in pari turpitudine (causa) melior (potior) est causa possidentis.*[4]) Ja, dass er Eigentümer wird, erhellt auch wohl schon ohne weiteres daraus, dass Tit. Dig. 12, 5, der unsere Frage behandelt, nur davon redet, ob eine *condictio* gewährt wird oder

---

[1]) Vgl. z. B. Sohm S. 390.

[2]) Vgl. auch Lotmar S. 57 f., 62 f.; Matthiass S. 626, 3. Aufl. Seite 703.

[3]) Vgl. auch Krückmann S. 4, 9.

[4]) l. 8 D. 12, 5, l. 128 pr. D. 50, 17.

nicht und diese eben nur für den Fall zulässt, dass der Verstoss den Empfänger allein trifft.[1]) Da nun aber *condictio* und *rei vindicatio* niemals, ausser gegen einen Dieb, jemandem zu gleicher Zeit zustehen, so zweifeln meines Erachtens die Quellen gar nicht daran, dass der Empfänger Eigentümer wird, was sich ja auch aus der abstrakten Natur der Tradition erklärt.

Alles dies gilt auch für das B.G.B. Ebenso wie die Bereicherungsklage aus § 817 muss dem Geber auch die aus § 812 und die Eigentumsklage aus dem oben genannten Grunde versagt werden. Auch hier spricht der § 817, der gerade unseren Fall regelt, nur davon, ob die Bereicherungsklage zu gewähren oder zu versagen ist, setzt also ebenfalls einen Eigentumsübergang voraus. Denn, dass neben dem Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung auch nach dem B.G.B. der Eigentumsanspruch nicht zulässig ist, ist meines Erachtens augenscheinlich. Denn, wenn der Kläger den Eigentumsanspruch hat, also noch Eigentümer ist, so kann der Beklagte nicht das Eigentum auf seine Kosten verlangt haben, in dieser Beziehung also auch nicht ungerechtfertigt bereichert sein.[2]) Dies erkennt denn auch Dernburg anscheinend an, da er die *condictio* des § 817 nur für den Fall zugesteht, dass der Vindikationsanspruch, etwa weil das Gezahlte bereits verbraucht sei, ausgeschlossen ist. Demgemäss wäre, wenn, wie Dernburg behauptet, die Tradition in unserem Falle nichtig wäre, die besondere Klage des § 817, abgesehen vorläufig von Dernburgs besonderer Erklärung des § 817, die doch augenscheinlich nur ein Notbehelf ist, vollkommen überflüssig und ihre Aufstellung daher schwer begreiflich. Denn der Geber könnte ja nach Dernburg einfach vindi-

---

[1]) Vgl. l. 1 § 2, l. 2 D. 12, 5, l. 15 D. 19, 5; auch Lotmar S. 45 und A. 160 S. 164.

[2]) Vgl. Planck, 24. Titel, Vorbemkg. N. 5; Staffel S. 379; Klingmüller S. 85 A. 2.

zieren und die Rückforderung, die ihm wegen seiner Unsittlichkeit im Falle des § 817 Satz 2 versagt ist, auf anderem Wege verlangen. Dies Resultat wäre aber unter keinen Umständen zu billigen.[1]) Weiter lässt sich auch die besondere Erklärung des § 817 durch Dernburg durchaus nicht aufrecht erhalten, dass nämlich § 817 den Umfang des persönlichen Rückforderungsanspruchs in besonderer Weise nur für die Fälle bestimme, in welchen unsittlicherweise eine Leistung erfolgte, aber eine Vindikation gleichwohl ausgeschlossen sei, z. B. weil das behufs des verbotenen oder unsittlichen Zweckes Gezahlte vom Empfänger bereits verbraucht sei. Denn ebensowenig, wie die Quellenstellen des gemeinen Rechts,[2]) bietet § 817 für diese Auslegung auch nur irgend einen Anhalt, sondern im Gegenteil spricht sein Wortlaut meines Erachtens durchaus gegen diese Auslegung. Denn nach ihm ist der Empfänger, der allein gegen § 134 oder § 138 verstossen hat, zur „Herausgabe" und zwar der angenommenen Leistung, wie aus dem Anfang des § 817 hervorgeht, verpflichtet. Herausgeben kann man die empfangene Leistung aber nur, wenn man sie noch hat, nicht aber, wenn man sie schon verbraucht hat. Ferner dürfte es wohl kaum der Billigkeit entsprechen, davon, ob der Empfänger das Gezahlte bereits verbraucht hat, die Versagung oder Gewährung einer Klage in unserem Falle abhängig zu machen. Denn dies würde doch nur dahin führen, dass der Empfänger, zumal wenn er Geld erhalten hat, es so schnell als möglich für sich verwendet, so dass der Geber auch hier das Nachsehen hätte. Vor allem aber ist es meines Erachtens durchaus nicht konsequent, bei gegenseitiger Turpitudo, wie Dernburg es im obigen Beispiel

---

[1]) Vgl. Enneccerus S. 223 f., auch A. 2, 2. Aufl. S 247.

[2]) auch nicht l. 3 D. 12, 5, wo von der Hingabe von Geld die Rede ist.

thut, die Vindikation zuzulassen, wenn der Gegenstand sich noch beim Empfänger befindet und für den entgegengesetzten Fall dem Geber überhaupt nichts zu gewähren. Denn entweder muss man doch in letzterem Falle, wenn also der Gegenstand nicht mehr vorhanden ist, gegen den Empfänger die Anstellung einer Bereicherungs- oder z. B. einer Schadenersatzklage zulassen oder im ersteren Falle auch die Anstellung der *rei vindicatio* versagen. Die Unsittlichkeit ist in beiden Fällen dieselbe. Es ist daher die Gewährung einer Klage nicht davon abhängig zu machen, ob der Gegenstand noch vorhanden oder schon verbraucht ist, sondern nur davon, ob die Unsittlichkeit auf einer oder auf beiden Seiten ruht. Dass aber die gewährte Klage immer nur eine persönliche Bereicherungsklage sein kann, das zeigen endlich noch die Bestimmungen des B.G.B. über den Uebergang des Eigentums und die Begründung, Aufhebung oder Veränderung sonstiger dinglicher Rechte.[1])

Denn wegen der abstrakten Natur, z. B der Tradition, ist eben nach § 873 und 925 für die Uebertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen nur Einigung und Eintragung und nach § 929 an beweglichen Sachen[2]) nur Einigung und Uebergabe erforderlich. Sind also diese Erfordernisse erfüllt, so geht unzweifelhaft das Eigentum über.[3]) Da keine Ausnahme für das Gegenteil gemacht ist, so ist dies auch der Fall, ebenso wie im gemeinen Recht, wenn der Empfänger *contra bonos mores* handelt und entgegen dem römischen Recht sogar dann, wenn jemand arglistig die Zahlung einer Nichtschuld annimmt.[4])

---

[1]) Vgl. oben S. 28 ff. B.G.B. §§ 873, 875, 877, 880.

[2]) Vgl. z. B. auch für das Pfandrecht § 1025.

[3]) Vgl. a. a. Krückmann S. 9.

[4]) Vgl. l. 43 D. 47, 2; l. 81 § 5 eod., l. 18 D. 13, 5; Krückmann l. c.; ferner S. 4; Kohler, Arch. f. Bürg. R. Bd. 18 S. 111. Vgl. auch § 819 B.G.B.

Wie vielmehr muss dies nicht dann gelten, wenn auch der Leistende verbotswidrig oder unsittlich handelt.

Der Ansicht Dernburgs, dass dies den §§ 134, 138 widerspricht und dass, wenn das zu Grunde liegende Geschäft unsittlich ist, es nicht bezweifelt werden könne, dass auch die Uebereignung unsittlich ist, kann ich daher nicht beitreten. Denn es wird, abgesehen von der Uebergabe und Eintragung, z. B. für die Eigentumsübertragung eben nur die „Einigung" gefordert.[1]) Diese Einigung kann nun wohl nach § 134 verboten sein; und dann ist natürlich auch die Eigentumsübertragung nichtig, aber nicht kann sie, wenn sie von der *causa* losgelöst ist, einen unsittlichen oder gar wucherischen Charakter annehmen. Es gilt hier dasselbe, was oben z. B. für die Ausstellung eines Wechsels gesagt ist. Die Unsittlichkeit und noch viel weniger das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und den dafür gewährten Vermögensvorteilen kommt eben bei der Einigung gar nicht zum Ausdruck. Es ist zwar das obligatorische Geschäft, also z. B. die Gewährung des Darlehns, unsittlich und wucherisch, aber nicht die infolgedessen erfolgende Einigung und Uebertragung des Eigentums oder z. B. die Bestellung einer Grundschuld. Dass hierdurch aber unsittliche Zwecke gefördert werden, das kann hier ebensowenig wie oben für den Wechsel ausreichen, um dem abstrakten Rechtsakt selbst den Stempel der Unsittlichkeit aufzudrücken. Denn auch das Eigentum ist eben in diesem Sinne ein absolutes Recht und kann daher bei seiner Verfolgung nicht auf die unsittliche Grundlage und Zweck des obligatorischen Handelns eingegangen werden.[2])

Endlich ist unser Fall auch bisher schon in fast allen

---

[1]) Anders wäre es natürlich, wenn die Parteien die Gültigkeit der Einigung von der Gültigkeit der *causa* abhängig gemacht hätten, die Tradition also kausal wäre.

[2]) Vgl. auch Endemann, Einf. II § 2 A. 20 S. 7, § 22 S. 83.

Rechtsgebieten so entschieden worden,[1]) und in der That entspricht diese Entscheidung auch völlig unserem Rechtsbewusstsein. Die Rechtsordnung muss sich hier in jeder Beziehung passiv verhalten. Es kann dem Gläubiger weder eine Klage gewährt werden, um die unsittliche Leistung von dem Schuldner zu erzwingen, noch diesem, wenn er geleistet hat, um die Herausgabe der Leistung zu fordern. *Non datur actio, non datur soluti condictio.*[2]) Wenn jemand aus seiner eigenen Verbotswidrigkeit oder Unsittlichkeit Schaden erleidet, so hat er eben diesen billigerweise selbst zu tragen. So, wie die Sachlage sich gestaltet hat, so muss sie bleiben. Es wird von der Rechtsordnung ein *status quo* statuiert und keiner der beiden Parteien gestattet, auf gerichtlichem Wege eine Aenderung herbeizuführen. Der Zustand, so wie er ist, erhält den Rechtsschutz. Das rechtliche Geleit kann weder dem einen, noch dem anderen gewährt werden. Denn es ist am besten, wenn diese Nachtseiten des menschlichen Treibens nicht ans Licht gezogen werden, sondern im Dunkel verschwinden.[3]) Auch hieraus folgt notwendigerweise, dass dem Empfänger der Leistung nicht bloss der Besitzes-, sondern auch der Eigentumsschutz gewährt wird.[4]) Denn wenn der Empfänger nicht Eigentümer würde, so wäre der Tradent immer noch Eigentümer und könnte also mit der *rei vindicatio* die Leistung zurückfordern. Zu diesem Zweck aber müsste er wieder die Nichtigkeit der Tradition mit der Unsittlichkeit begründen. Er würde also die Unsittlichkeit ebenso darlegen müssen, wie wenn er die Leistung noch nicht bewirkt hätte und sein Gegner sie einklagte.

---

[1]) **Siehe oben S. 38.**

[2]) **Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 5 S. 241.**

[3]) **Kohler l. c. S. 241, 243, Bd. 18 S. 112; Grabscheid S. 386.**

[4]) **Hierfür spricht analog auch noch die Parömie:** *qui ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire [de se ipso queri debet].* **Vgl. auch § 254 I B.G.B.**

Das geht aber nicht. Es würde der Würde des Gerichts nicht entsprechen, sich mit der Unsittlichkeit eines Geschäfts zu befassen und demselben rechtliche Anerkennung oder Schutz zu gewähren.[1]) Deshalb kann man meines Erachtens auch nicht Stammler[2]) und Matthiass[3]) zustimmen, die, da einerseits auf das *turpiter promissum* nicht geklagt werden, andererseits das Geleistete auch nicht zurückgefordert werden kann, in unserem Falle eine natürliche Verbindlichkeit annehmen. Denn meines Erachtens lässt eben die Rechtsordnung überhaupt keine, auch keine klaglose Verbindlichkeit entstehen, sondern verhält sich hier vollkommen indifferent.[4])

Dies ist denn auch die herrschende Meinung. So haben, wie teilweise schon erwähnt, besonders Biermann,[5]) Endemann,[6]) Enneccerus,[7]) Goldmann-Lilienthal,[8]) Hachenburg,[9]) Heilfron,[10]) Kohler,[11]) Kuhlenbeck,[12]) Kretzschmar,[13]) Krückmann,[14]) Lotmar,[15]) Neumann,[16]) Oberneck,[17]) Oert-

---

[1]) **Kohler l. c. Bd. 18 S. 112. Vgl. auch Endemann l. c. (S. 70 A. 2).**

[2]) **S. 30 § 6 c.**

[3]) **S. 626; 3. Aufl. S. 703.**

[4]) **Ebenso Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 222.**

[5]) **S. 2 Vorbem. 5 c.**

[6]) **Einf. I S. 264.**

[7]) **S. 223 f., 2. Aufl. S. 247 f.**

[8]) **S. 117, 3; 136.**

[9]) **in Bezug auf die Grundschuld S. 262 f., 2. Aufl. S. 542 ff., aber nicht für die Hypothek, vgl. ferner 2. Aufl. S. 320. Anders für das Obligationenrecht s. o. S. 44 A. 1.**

[10]) **V S. 310 A. 11.**

[11]) **l. c. (o. A. 1).**

[12]) **S. 323 A. 1.**

[13]) **Sächs. Arch. Bd. 11, 1901, S. 146.**

[14]) **S. 9.**

[15]) **S. 57, 62.**

[16]) **S. 128 Vorbem. z. 2. Buch N. 3.**

[17]) **S. 114, 183, 225; bes. S. 185, 342, 733 (Grundschuld). Vgl. auch Ackermann S. 584 f.**

mann,[1]) Staudinger,[2]) Strecker,[3]) Szkolny und Caro,[4]) Turnau[5]) mehr oder minder deutlich und ausführlich hervor, dass sich die vollständige Unabhängigkeit des dinglichen Vertrages von dem zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfte von selbst verstehe, dass also z. B. Eigentum auch übergehe, wenn das Kausalgeschäft gegen die §§ 134, 138 verstosse und nur ein persönlicher Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegeben werde.[6])[7])

b) Das abstrakte Rechtsgeschäft, an sich ohne Rücksicht auf die causa betrachtet.

Ganz anders ist es nun, wenn der abstrakte Akt selbst gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die Sittlichkeit verstösst. Dann greifen selbstverständlich die allgemeinen

---

[1]) Kom. § 817 N. 4.

[2]) § 873 N. II, A A. 1 u. 6. S. 283 zu § 1191 (Grundschuld).

[3]) S. 26.

[4]) § 134 N. IV S. 118 f.

[5]) S. 86 ff., 95 f., 793 (Grundschuld), vgl. aber auch S. 96 f., vor allem S. 218. (Nichtig, wenn der abstrakte Akt selbst, z. B. die Einigung gegen § 134, 138 verstösst, dann keine Rechtsänderung).

[6]) Vgl. auch § 10, Pr.E.E.G, Motive z. B.G.B. III S. 54 ff., 172, 187 ff. (bei Turnau S. 86 f.), Denkschrift S. 174.

[7]) Selbstverständlich hat der Richter, wenn auch nur das obligatorische Rechtsgeschäft gegen die §§ 134, 138 verstösst und es ihm mitgeteilt wird, doch seine Mitwirkung bei dem abstrakten Akt, z. B. bei der Eintragung ins Grundbuch, abzulehnen. Aber nur in diesem Falle ist ein Eingehen auf die *causa,* hier also auf das obligatorische Rechtsgeschäft, gestattet. Vgl. Oberneck, S. 114 f. und dort Zitierte, dazu Turnau II, Grundbuchordnung S. 196; R.G. 20 S. 248 f.; Neumann § 134 N. 2 und Pr.G. über die Ang. d. F.G. a. 40, III. Auch aus letzterer Gesetzesbestimmung scheint mir die Richtigkeit meiner Ansicht hervorzugehen. Denn wäre der abstrakte Akt nichtig, dann wäre sie überflüssig, da ja dann auch kein für die Eintragung verbindliches dingliches Rechtsgeschäft zu stande gekommen wäre und der Richter schon aus diesem Grunde die Eintragung ablehnen müsste.

Regeln Platz. Es ist daher im gemeinen und neuen bürgerlichen Recht in diesem Falle das abstrakte Rechtsgeschäft *ipso iure* nichtig.

1. im römischen und gemeinen Recht.

Von den Verbotsgesetzen des römischen Rechts[1]) kommen besonders die Veräusserungsverbote in Betracht. In dem Falle also, wo die Tradition selbst gegen ein solches verstösst, geht kein Eigentum über, und der Veräusserer behält daher die *rei vindicatio*. Von den heute meist unpraktischen römischen Verboten sei hier nur das der Geschäfte über die *res extra commercium*[2]), und hiervon wieder besonders das der Veräusserung von Gütern der Kirche und kirchlichen Stifter erwähnt, das seine Geltung bis auf den heutigen Tag behalten hat.[3]) Die Nichtigkeit der unsittlichen abstrakten Rechtsgeschäfte folgt für das gemeine Recht aus l. 26 D. 45, 1:

> *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.*

Aus dieser Stelle und ihrem Zusammenhange mit dem Prinzipium der folgenden Stelle ergiebt sich deutlich, dass hier von einer civilrechtlichen Nichtigkeit die Rede ist.[4]) Nun kann man aber meines Erachtens *turpes* nur solche Stipulationen nennen, bei denen die *turpitudo*, sei es in Gestalt einer Bedingung oder sonst wie, im abstrakten Akte selbst zum Ausdruck kommt. Denn der unsittliche Charakter der *causa* allein kann, wie oben gezeigt, dem abstrakten Akte selbst seinen fehlerhaften Charakter nicht aufzwingen.

---

[1]) Vgl. hierfür bes. Oehlschläger a. a. O. S. 40 ff.; Schröder § 3—7; Windscheid-Kipp I, § 172.

[2]) Vgl. l. 83 § 5, l. 137 § 6 D. 45,1; vgl. auch Crome I, S. 298 und S. 377 A. 20.

[3]) E.G. a. 109, 119; Neumann § 134 N. 5.

[4]) Vgl. Ravit S. 46, 48; Crome I S. 373.

Was nun die Frage betrifft, wann ein abstraktes Rechtsgeschäft selbst *contra bonos mores* ist, so sei hier auf die ausführliche Darstellung Lotmars hingewiesen, der für das gemeine Recht dies nur anerkennt:

1. wenn der Vertrag eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vereinbart, die unmoralisch ist;
2. wenn er zum Gegenstand einer Vereinbarung macht eine Handlung, Duldung oder Unterlassung, die zwar nicht unmoralisch ist, aber von Moral wegen nicht vertraglich vorgenommen oder zugesichert und damit dem Rechtszwang unterstellt werden darf;
3. wenn er eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, welche — mag sie moralisch oder unmoralisch sein — von Moral wegen nicht in solcher Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll.[1])

2. im Bürgerlichen Gesetzbuch.

a) in Bezug auf den § 134.

Ebenso, wie im römischen und gemeinen Recht, ist auch in dem des B.G.B. jedes abstrakte Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein Verbotsgesetz verstösst, soweit sich nicht ein anderes aus dem Gesetze selbst ergiebt. Dies gilt nun aber nicht nur für im B.G.B. selbst ausgesprochene Verbote, sondern auch für andere Verbotsgesetze, wie z. B. landesrechtliche und öffentlich rechtliche, besonders solche des Strafrechts,[2]) und auch solche des Gewohnheitsrechts.

[1]) S. 68–73. In betreff der Stipulation vgl. noch bes. S. 36 und die Beispiele in den A. 127—133. Vgl. hierzu unten S 79.

[2]) Vgl. Endemann, Einf. I S. 39; Cosack I S. 560, 4b; Eck S. 126; Gareis § 134 N. 1; Isay S. 101. Anders anscheinend Hellmann S. 127; Planck und Fischer-Henle siehe Isay S. 100.

Nichtig ist ferner das abstrakte Rechtsgeschäft ebensowohl, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts mit dem Gesetz im Widerspruch steht, wie wenn sein Abschluss überhaupt verboten ist.[1]) Auch hier würde es uns zu weit führen, zu bestimmen, wann im einzelnen Falle der abstrakte Akt gegen § 134 verstösst. Doch seien wenigstens einige Beispiele genannt. So ist z. B. eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gebrachte abstrakte Schuldverschreibung auf den Inhaber nichtig.[2]) Auch hier kommen ferner für die dinglichen Verträge die Veräusserungsverbote in Betracht und machen sie, wenn sie im öffentlichen Interesse erlassen sind, nichtig, und zwar ebensosehr, wenn die dinglichen Geschäfte direkt dagegen verstossen, wie wenn sie es indirekt thun, z. B. durch Veräusserung, Erwerb, Belastung, Verpfändung, soweit letztere dem Zwecke des Verbotes entgegensteht, der enger und weiter sein kann.[3]) Es geht also in diesem Falle z. B. kein Eigentum über[4]), und zwar anders wie nach § 135 B.G.B. auch nicht den gutgläubigen Erwerbern gegenüber, obwohl vielleicht das Grundbuch nichts von dem Verbot ergiebt.[5]) Als Beispiel sei hier nur das Verbot erwähnt,

---

[1]) Vgl. Enneccerus § 97 S. 219, 2. Aufl. S. 243; Rehbein § 134 S. 170; Gareis l. c.; Crome I S. 70.

[2]) anders im bisherigen Recht trotz des Verbotes des Preuss. Ges. vom 17. Juni 1883; anders auch heute noch das Inhaberpapier mit Prämien trotz des Verbotes des Reichsgesetzes vom 8. Juni 1871; Endemann S. 116 f., Einf. I S. 40 A. 6; Dernburg, Preuss. Priv. II S. 219; Mandry S. 209; Brunner in Endemann, Handbuch des H.R. II S. 199.

[3]) Vgl. auch Endemann, Einf. II § 22 S. 85; Rehbein § 134 S. 170, 172. Vgl. z. B. § 892 I, 2, E.G. a. 59, 62, 65, 109, 119, 133, St.G.B. § 93, St.P.O. § 480, Gew.O. § 89 b, St.P.O. § 332—335; Neumann § 134 N. 5.

[4]) Vgl. Crome I, S. 377; Oberneck S. 227b; Turnau S. 96, 218.

[5]) Die Berufung auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 894) ist hier ausgeschlossen. Vgl. § 892; Turnau S. 195; Goldmann-Lilienthal I, S. 175.

das gegen den Vertrieb und die Ueberlassung von Sprengstoff ohne polizeiliche Genehmigung gerichtet ist,[1]) und dasjenige, das die verseuchten Tiere dem freien Verkehr entzieht.[2])[3])

Endlich muss hier noch darauf aufmerksam gemacht werden, dass „Rechtsgeschäft" nach dem gemeinen Recht zwei verschiedene Begriffe umfasst, nämlich den Gesamtthatbestand als Grundlage der Rechtsfolge und sodann aber auch die Parteienhandlungen als wesentlichen Teil dieses Thatbestandes. Diesen „saloppen" Sprachgebrauch[4]) des gemeinen Rechts hat sich das B.G.B. einfach angeeignet. Ueberall verwendet es die Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" als gleichbedeutend.[5]) Es ist also nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. möglich, dass § 134 nicht nur das ganze abstrakte Rechtsgeschäft, sondern auch die einzelne Willenserklärung des Geschäfts, die dagegen verstösst, für nichtig erklärt und damit folgeweise auch möglicherweise das Rechtsgeschäft, dessen Bestandteil sie ist.[6]) Da die Verbote des Civilrechts sich ihrer Natur nach nicht gegen unvollendete Thatbestände, sondern nur

---

[1]) R.G. vom 9. Juni 1884, R.G.Bl. S. 61 § 1, 7—9.

[2]) R.G. vom 1. Mai 1894, R.G.Bl. S. 410 § 22, 28. Vgl. auch Weyl S. 210; Cosack I, S. 173. Vgl. auch Gesetz vom 19. Mai 1891 (Veräusserung von Handfeuerwaffen).

[3]) Bemerkt sei noch, dass in allen Fällen, wo das gesetzliche Verbot im öffentlichen Interesse erlassen ist, auch der dagegen verstossende Veräusserer grundsätzlich die Nichtigkeit geltend machen kann. Vgl. Turnau S. 96.

[4]) Bekker, System II § 89 N. s.

[5]) Isay S. 2; Neumann § 104, Vorbem. z. 3. Abschnitt; Endemann I, S. 255—256 A. 3, zitiert nach Gareis, Vorbem. z. 3. Abschn. S. 107. Vgl. bes. die §§ 116—118 gegenüber 139—141 und 119—123 gegenüber 142. Motive I, S 126; Prot. I S. 130; Goldmann-Lilienthal I, S. 134.

[6]) § 139. Vgl. Isay S. 101.

gegen das fertige Rechtsgeschäft richten,[1]) so kommen hier besonders die strafgesetzlichen Verbote in Betracht. Verkauft nun z. B.[2]) *A*, dem *B* eine Sache zur Aufbewahrung anvertraut hat, diese und übergiebt sie dem gutgläubigen *C*, so besteht hier das abstrakte dingliche Geschäft der Tradition aus der Besitzhingabe, der Uebereignungserklärung des *A* und der Aneignungserklärung des *C*. Nun sind jedoch die Besitzhingabe und die Erklärung des *A* zugleich Thatbestandselemente der Unterschlagung.[3]) Es müsste daher, da die Willenserklärung gegen § 134 verstösst, auch folglich das ganze abstrakte Rechtsgeschäft nichtig sein. Dies ist nun aber nicht der Fall. Denn nach § 932 wird der gutgläubige *C* Eigentümer. Die deliktische Willensbethätigung des *A* hat daher volle rechtsgeschäftliche Wirkung und ist nicht nichtig. Aus diesen und ähnlichen Beispielen ist meines Erachtens mit Isay[4]) zu folgern, dass unabhängig von der Zahl der deliktischen Elemente eines rechtsgeschäftlichen Thatbestandes das Rechtsgeschäft stets dann gültig ist, wenn es mindestens eine nichtdeliktische Willenserklärung enthält. Es ist daher im § 134 der Ausdruck „Rechtsgeschäft" nicht gleichbedeutend mit „Willenserklärung". Vielmehr ist nur, wenn das Rechtsgeschäft im Sinne eines Gesamtthatbestandes gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, wenn also sämtliche Elemente seines Thatbestandes deliktisch sind, der im § 134 normierte Fall gegeben.[5])[6])

---

[1]) **Endemann**, Verbotsges. S. 83 ff.

[2]) **Isay S. 103.**

[3]) St.G.B. § 246.

[4]) **S. 108.**

[5]) **Isay S. 109. Vgl. auch S. 101 A. 4 und das Referat über Isay von Danzin der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 42 S. 25 ff., bes. 32.**

[6]) **Vgl. für die Schadensersatzpflicht bei Verstoss gegen § 134 die §§ 307—309, die aber nicht analog für § 138 auszudehnen sind. (Vgl. Szkolny und Caro § 309 N. 1.)**

β) in Bezug auf den § 138.

Ebenso wie das abstrakte Rechtsgeschäft, das selbst, abgesehen von der *causa*, dem § 134 widerspricht, ist auch das nichtig, das dem § 138 widerspricht. Wann nun aber im einzelnen Falle der § 138 Platz greift,[1]) das zu untersuchen, würde mich hier viel zu weit führen. Denn indem „das Gesetz die Handlungen, welche den guten Sitten widersprechen, von den Vertragsgegenständen ausschliesst, beruft es sich mit diesen einfachen Worten auf Regelsysteme, die verwickelter sind als das ganze Gesetzbuch".[2]) Einen Anhalt können hier die von Lotmar für das römisch-gemeine Recht gefundenen Sätze geben. So nimmt z. B. Eck[3]) und auch Szkolny und Caro[4]) die von Lotmar gefundenen Sätze auch für das B.G.B. an und auch Enneccerus[5]) stellt eine ähnliche Gruppierung für das B.G.B. auf.[6]) Aber auch dieser Anhalt ist nicht zuverlässig. Denn einmal steht die Wandelbarkeit der Sitten unzweifelhaft fest, sodann ist aber die Ansicht von Lotmar auch für das gemeine Recht nicht durchweg anerkannt. So ist z. B. Windscheid in derselben Frage zu ganz verschiedenem Resultate gekommen und auch die Judikatur war bisher keineswegs eine einheitliche.[7]) Deshalb

[1]) z. B. selbstverständlich auch bei bedingten Rechtsgeschäften, was Planck § 138 S. 190 noch hervorhebt. Vgl. auch Gareis § 138 N. 4.

[2]) Knapp, Rechtsphilosophie S. 227; Lotmar S. 197 A. 280; Steinbach S. 38.

[3]) S. 127.

[4]) § 138 N. 1.

[5]) § 98 S. 221 ff., 2. Aufl. S. 244 ff.

[6]) Vgl. auch Windscheid-Kipp II § 314. Eccius in seiner Besprechung von Lotmar. Gruch. Beitr. Bd. 41 S. 735; Matthiass 3. Aufl. S. 228.

[7]) Vgl. bes. Erk. des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 3. Juli 1888 in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 178 und E. d. R.G. vom 9. Dezember 1890 in Seuff. Arch. Bd. 46 Nr. 179 und vom 21. März 1894 in Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 238.

lehrt auch Dernburg[1]) für das gemeine Recht, dass sich eine feste Regel, welche die Grenze zieht, schwerlich geben lasse. Juristischer Takt müsse uns davor schützen, in Extreme zu verfallen. Ebenso erklärt Steinbach,[2]) dass sich aus den römischen Anwendungen des Prinzips der Nichtigkeit des *pactum turpe* überhaupt, namentlich aber für das neue deutsche Gesetzbuch eine feste Regel nicht ableiten lasse. Und in der That ist ja auch vor allem zu erwägen, dass, wie auch Lotmar zugiebt,[3]) der Standpunkt des B.G.B. im § 138 ein ausserordentlich viel weiterer ist, wie der des römischen und gemeinen Rechts. Deshalb muss man wohl Steinbach zustimmen, der behauptet, dass nicht bloss die bei der Entscheidung des Richters von ihm zur Grundlage zu nehmenden Moralgrundsätze, sondern überhaupt das gesamte Gebiet unserer Frage den Eindruck der Unsicherheit macht.

Und doch ist der Rechtssatz, dass ein gegen die Sittlichkeit verstossendes Rechtsgeschäft nichtig ist, gewiss von der allergrössten Tragweite, und die gegenwärtige Entwickelung unserer Rechts- und sozialen Verhältnisse lässt mit Grund vermuten, dass dieser Satz in Zukunft eine noch viel grössere Rolle als bisher zu spielen berufen sein wird.

Trotz der Wichtigkeit dieser Frage und der Notwendigkeit, die praktisch unentbehrliche Entscheidung herbeizuführen, will daher auch ich im Hinblick auf die Unsicherheit dieses Rechtsgebietes, zumal es hier mich viel zu weit führen würde, davon absehen, zu bestimmen, wann im einzelnen Falle der abstrakte, von der *causa* losgelöste Rechtsakt gegen § 138 verstösst und deshalb nichtig ist.

---

[1]) **Pand. II § 16 A. 18.**
[2]) **S. 12.**
[3]) **S. 80. Vgl. oben S. 57.**

c) Die gegenüber den Mitkontrahenten und dritten Personen zulässigen Einreden in Bezug auf die §§ 134, 138.

Je nachdem also der Verstoss gegen die Verbotsgesetze oder die Sittlichkeit im abstrakten Rechtsgeschäft selbst hervortritt oder nicht, ist dies *ipso iure* nichtig oder gültig und nur durch *condictio* und *exceptio* angreifbar. Nun wird aber oft, besonders bei der Erteilung eines Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens nach einer erfolgten Abrechnung (Saldierung), sowie im Falle eines Vergleichs der abstrakte Schuldvertrag die weitere Bedeutung haben, dass das Zurückgreifen des Beklagten auf das unterliegende Schuldverhältnis überhaupt ausgeschlossen sein soll. Dieser vertragsmässige Ausschluss des Zurückgehens auf das dem abstrakten Akt zu Grunde liegende Schuldverhältnis ist aber nach ausdrücklicher Vorschrift unzulässig bei einem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis auf Grund einer Ehevermittelung,[1]) sowie auf Grund von Spiel und Wette.[2]) [3]) Das Zurückgehen kann aber überhaupt nicht ausgeschlossen werden, sowie durch das abstrakte Rechtsgeschäft eine zwingende Rechtsnorm verletzt ist, also auch nicht, wenn ein verbotener oder unsittlicher Anspruch klagbar gemacht werden soll.[4]) Hierauf kann ebensowenig, wie bei der Abgabe des Versprechens, so auch nicht nachträglich wirksam verzichtet werden. Denn dies wäre nur der Versuch einer Verstärkung der Verbindlichkeit, welcher gegenüber das Gesetz zur Wahrung seiner selbst und der guten Sitten Rückforderungsanspruch und Einrede gewährt.[5]) Ueberhaupt

---

[1]) § 656.

[2]) § 762.

[3]) Vgl. Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 12 S. 355; Kipp S. 11 f.

[4]) Vgl. Heilfron IV, S. 843/844 A. 2; Tränkner S. 195; Endemann, Einf. I S. 874; Kipp S. 12; Leonhard S. 379.

[5]) Kipp A. 47 zu S. 12.

wird man, wie schon bisher in Bezug auf den Wechsel,[1]) so auch für die übrigen abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts annehmen müssen, dass immer dann ein Einwand zulässig ist, wenn die Geltendmachung des formalen Rechts sich als doloser Missbrauch des wahren Rechts darstellt. Darin nun, dass hiernach, wiewohl die Parteien etwa das Forschen nach dem Rechtsgrunde ausdrücklich ausgeschlossen haben, dies dennoch statthaft ist, liegt meines Erachtens gerade die Hauptbedeutung der §§ 134, 138 für die abstrakten Rechtsgeschäfte. Unzweifelhaft kann nun der Beklagte die *condictio* und *exceptio* gegen seinen Vertragsgegner und als *exceptio doli* gegen jeden bösgläubigen Erwerber der gegen ihn begründeten Forderung geltend machen. Aber nicht trifft es in gleichem Masse gegen einen gutgläubigen Erwerber der Forderung zu, sondern hier erleidet die Gewährung der *condictio* und *exceptio* je nach der Art des abstrakten Rechtsgeschäfts und der Uebertragung des durch dieses begründeten Rechts mehr oder minder erhebliche Modifikationen. In vollem Umfang steht dem Beklagten die Ausübung der Einreden zu, wenn die gegen ihn bestehende Forderung durch Cession nach § 398 einem neuen Gläubiger übertragen ist. Denn dann kann er nach § 404 diesem alle Einreden entgegensetzen, welche ihren Grund in dem Schuldverhältnisse, wie solches zur Zeit der Abtretung bestand, haben.[2]) Dies ist auch schon für das bisherige Recht nicht einmal für den kaufmännischen Verpflichtungsschein und den Wechsel bezweifelt worden.[3])

[1]) Vgl. Staub, W.O. a. 82 § 14 und 33, Kom. z. H.G.B. § 350 A. 7 S. 1087.

[2]) Einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers einer Forderung ähnlich § 932 giebt es grundsätzlich nicht. Vgl. Goldmann-Lilienthal S. 441, 3; Planck § 404 N. 1; Neumann, Vorbem. zum 20. Titel.

[3]) Vgl. Staub, H.G.B. § 350 A. 9 S. 1087; Weyl S. 503; Meisner S. 261.

Anders ist dies dagegen, wenn der Schuldner gemäss § 781 einen Schuldanerkenntnisvertrag mit dem Cessionar abschliesst, in welchem er seine Schuld an den Cedenten anerkennt. Denn dann sind ihm die ihm sonst nach § 404 zustehenden Einreden, also auch die wegen des Verstosses der *causa* gegen die §§ 134, 138, abgeschnitten.[1]) Ebenso wird auch bei der Schuldübernahme der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber nach § 417 nur dann und nur insoweit verpflichtet, als der Schuldner zur Zeit der Schuldübernahme verpflichtet war.[2]) Also auch ihm stehen, wie dem bisherigen Schuldner, die Einreden wegen des Verstosses der *causa* gegen die §§ 134, 138 zu. Er kann ferner alle Einwendungen geltend machen, die die Gültigkeit des abstrakten Uebernahmevertrages betreffen, mag dieser nun mit dem bisherigen Schuldner oder dem Gläubiger geschlossen sein.[3]) Aber nicht kann er, wie es schon nach dem bisherigen Recht für die Delegation und die Zahlung fremder Schuld galt,[4]) wegen der abstrakten Natur des Uebernahmevertrages dem Gläubiger nach Absatz 2 Einwendungen aus dem der Uebernahme zu Grunde liegenden Kausalgeschäft, also auch nicht, wenn dies verbotswidrig oder unsittlich ist, entgegensetzen.[4])

Beschränkt sind nun aber vor allem die Einreden bei der Anweisung. Hier kann nämlich nach § 784 der Angewiesene dem Anweisungsempfänger nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalt der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den

---

[1]) **Vgl. Schollmeyer, Kom. § 404.**

[2]) **Vgl. Planck § 417 N. 1.**

[3]) **Vgl. Planck l. c. N. 3.**

[4]) Vgl. Dernburg, Pand. II, 59 Nr. 12; Oertmann, Kom. § 417 N. 3; Matthiass § 101 S. 417 3. Aufl. S. 468; Schollmeyer, Kom. § 417; Kipp, A. 48 zu S. 12 in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 364; Goldmann-Lilienthal I S. 453.

Anweisungsempfänger zustehen. Diese Beschränkung der Einreden[1]) erklärt sich aus dem besonderen Wesen der Anweisung. Denn in der angenommenen Anweisung liegt zwar eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden und eine des Anweisenden an den Anweisungsempfänger, aber keine des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger, obwohl dies gerade scheinbar der Fall ist. Folglich besteht daher auch zwischen den letzten beiden, abgesehen von einer etwaigen besonderen Erwähnung im Accept, keine *causa,* deren etwaige Mängel der Acceptant gegen den Anweisungsempfänger geltend machen könnte.[2])

Obwohl das Accept der Anweisung seinen materiellen Rechtsgrund aus dem Verhältnis zwischen Anweisenden und dem Angewiesenen nimmt, hängt es doch wegen des selbständigen Charakters der Verpflichtung des Acceptes und der damit verbundenen Beschränkung der Einreden nach Absatz 1 von diesem Verhältnis ebensowenig, wie von dem Kausalverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger ab.[3]) Daher kann der Angewiesene dem Anweisungsempfänger auch aus diesen *causae,* selbst wenn sie gegen die Verbotsgesetze oder die Sittlichkeit verstossen, keinerlei Einreden entgegenstellen; und deshalb muss man meines Erachtens Oertmann[4]) darin zustimmen, dass „indem die Anweisungsannahme wegen eines Mangels der zu Grunde liegenden Kausalverhältnisse nicht einmal indirekt mittelst *condictio* und *exceptio* angegriffen werden darf, sie gewissermassen das Wesen des abstrakten Aktes in erhöhter Potenz zeigt".

---

[1]) Sie bestand hier schon im bisherigen Recht; vgl. Motive S. 651 N. 1.

[2]) Vgl. Oertmann § 784 N. 3; Kipp A. 48 zu S. 12. („Die Annahme einer Anweisung ist ganz unabhängig von ihrem Rechtsgrunde.")

[3]) Vgl. Planck § 784 N. 2 S. 538; Hellwig S. 237 f. A. 537; Matthiass 3. Aufl. S. 660; Oertmann S. 253.

[4]) l. c. (A. 3).

Im wesentlichen dieselben[1]) Einreden liegen, wie meines Erachtens mit Hellwig in Bezug auf den § 334 und die besondere Natur des abstrakten Versprechens anzunehmen ist,[2]) vor, wenn ein abstraktes Schuldversprechen zu Gunsten einer dritten Person abgegeben ist. Denn abgesehen davon, dass der Mangel der *causa* in Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Stipulanten sich aus dem Inhalt des Versprechens selbst ergiebt,[3]) ist dies Rechtsverhältnis dem Dritten gegenüber bedeutungslos. Denn es handelt sich um Rechtsbeziehungen, in welchen die Kontrahenten stehen; dem Dritten sind sie fremd, da ja die Parteien, indem sie aus Anlass derselben, aber unter Isolierung des Versprechens von seiner *causa* den für den Dritten relevanten Vertrag schlossen, gezeigt haben, dass diesem gegenüber auf den Schuldgrund nicht zurückgegriffen werden soll. Gerade hierin zeigt sich besonders der grosse Unterschied zwischen der Stellung eines Cessionars und eines Dritten, der durch *alteri stipulari* berechtigt wird, besteht.[4])

Auch bei den Inhaberpapieren kann nach § 796 der Aussteller dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.[5])

---

[1]) Vgl. über den Unterschied Hellwig S. 274 f.

[2]) Vgl. Hellwig S. 270 ff., Entwurf I § 607, Motive S. 561. Dagegen anscheinend Kipp N. 48 zu S. 12.

[3]) In diesem Falle können selbstverständlich auch dem Dritten gegenüber die Einreden geltend gemacht werden. Vgl. auch Enneccerus § 184 S. 413; Oertmann, Kom. § 334 N. 1.

[4]) Hellwig S. 273.

[5]) Nicht genau ist es, wenn Schollmeyer S. 97 dem Oertmann, Kom. § 796 N. 3c zustimmt, aus den 3 Klassen statthafter Einwendungen den allgemeinen Grundsatz entwickelt: „Der Aussteller

In betreff der zuerst genannten Einwendungen folgt nun aus § 134, dass, wie auch § 795 Abs. 3 ausdrücklich bestimmt, auch die abstrakte Schuldverschreibung wegen des Verstosses gegen § 795 Abs. 1 nichtig ist, wenn sie ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangt.[1]) Für die Einwendungen, die sich aus der Urkunde ergeben, ist es von besonderer Wichtigkeit, dass ebenso, wie die Annahme einer Anweisung und das Versprechen zu Gunsten eines Dritten, so auch die Inhaberpapiere nicht notwendig abstrakt sind. Ergiebt sich demgemäss aus der Urkunde der Verstoss der *causa* gegen ein Verbotsgesetz oder die Sittlichkeit, so kann die daraus folgende Nichtigkeit der Schuldverschreibung auch anderen Personen, als den Vertragsgegnern gegenüber, geltend gemacht werden. Doch genügt die „enuntiative" Angabe der *causa* keineswegs.[2]) Die Angabe des Schuldgrundes kann nämlich einerseits den Charakter eines bloss erläuternden, rechtlich bedeutungslosen Zusatzes, andererseits aber auch die Bedeutung haben, dass sich der Aussteller alle oder doch gewisse Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse vorbehalten will. Wann jedoch das eine oder das andere

---

kann dem Präsentanten des Papiers alle Einreden entgegensetzen, ausgenommen solche aus der Person eines Vorbesitzers." Denn auch die aus der Person des Vorbesitzers herrührenden Einwendungen, z. B. wenn er mit diesem ein gegen die §§ 134, 138 verstossendes Rechtsgeschäft geschlossen hat, kann er gegen den Präsentanten geltend machen, wenn sie die Gültigkeit der Urkundenausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde selbst ergeben. So auch Staub, H.G.B. § 364 A. 11 S. 1162.

[1]) Ebenso Fischer-Henle § 796 N. 1; Oertmann, Kom. § 796 N. 3a; Matthiass 3. Aufl. S. 676. Enneccerus 2. Aufl. S. 801. Anders Planck § 796 N. 2.

[2]) Vgl. Motive II S. 699; Oertmann, Kom. § 796 N. 3b, Vorbemerkung 7 zum 22. Titel; Dernburg, Bürg. R. 2, 1 § 89 S. 196. Ebenso reicht sie auch nicht aus, um die selbständig verpflichtende Natur eines sonst abstrakten Rechtsgeschäfts aufzuheben. Vgl. Ackermann S. 575 ff.; Dernburg l. c. S. 195 ff.

vorliegt, ist aus den einzelnen Thatumständen zu ersehen.[1]) Wegen der Beschränkung der Einreden zeigt sich also gerade bei den Inhaberpapieren der Unterschied zwischen der auch nach § 796 absolut wirkenden Nichtigkeit und der wegen Mängel der *causa* in der Regel nur zulässigen blossen Kondizierbarkeit in seiner vollen Bedeutung.[2])

Auch für das Siebengestirn[3]) der handelsrechtlichen indossablen Papiere, bei denen ebenfalls die Angabe des Schuldgrundes gestattet ist, ohne dass dadurch etwa die verpflichtende, indossable Natur derselben berührt wird[4]), gelten im wesentlichen dieselben Einwendungen. Denn auch bei ihnen kann nach § 364 H.G.B. dem legitimierten Besitzer der Urkunde der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen. Allein wegen der rechtsverstärkenden und rechtsvernichtenden Wirkung, die dem Indossament vom Gesetz beigelegt wird und zur Folge hat, dass der gutgläubige Erwerber die Rechte aus der Urkunde in völlig abstrakter Weise ohne Rücksicht auf den Vormann erwirbt[5]), sind dem gutgläubigen indossierten Erwerber gegenüber nicht nur die Einreden aus dem Verstoss des abstrakten Rechtsgeschäfts gegen die §§ 134, 138, sondern auch gegen die §§ 656 und 762 ausgeschlossen, obgleich doch in diesen Fällen eine Verbindlichkeit gegenüber dem

---

[1]) Vgl. Motive l. c.; Planck § 796 N. 26; Ackermann l. c.; Bendix S. 489; Enneccerus S. 709 f., 2. Aufl. S. 801 f., vgl. auch S. 782 f.; auch Staub H.G.B. § 364 A. 11 § 350 S. 1087.

[2]) Oertmann S. 253.

[3]) Dieser Ausdruck passt nur für die im § 363 H.G.B. genannten Papiere, abgesehen von Wechsel, Namensaktie und Reichsbankanteil.

[4]) Vgl. Staub, Kom. H.G.B. § 363 A. 22, R.G. 12 S. 92; Dernburg, Bürg. R. 2, 1 § 89 N. 1 S. 195.

[5]) Vgl. R.G. 14 S. 101 Nr. 24; Staub, Kom. H.G.B. § 350 A. 9 S. 1087.

Vertragsgegner überhaupt nicht zu stande gekommen, sondern z. B. das Schuldversprechen *ipso iure* nichtig ist. Anders ist dies natürlich, wenn sich aus der Angabe des Schuldgrundes der Verstoss gegen die genannten Paragraphen ergiebt. Denn dann ist auch dem gutgläubigen indossierten Erwerber gegenüber, sofern man hierbei noch von gutem Glauben reden kann, die Einrede aus dem fehlerhaften Schuldgrund der Urkunde gestattet.

Diese Angabe des Schuldgrundes fällt bei dem abstraktesten Schuldversprechen, das die Gesetze kennen, dem notwendig abstrakten Wechsel, fort. Abgesehen hiervon stehen aber auch dem Wechselschuldner im wesentlichen dieselben Einreden, wie bei den Inhaberpapieren und den kaufmännischen Verpflichtungsscheinen, zu. Dies ergiebt sich aus a. 82 der W.O. Der Unterschied ist nur der, dass die Einwendungen in betreff der Gültigkeit der Ausstellung und des Inhalts der Urkunde in die „aus dem Wechselrechte selbst hervorgehenden" Einwendungen zusammengezogen sind. Demgemäss können auch hier dem gutgläubigen indossierten Erwerber gegenüber auch die Einreden aus dem Verstoss des abstrakten Rechtsgeschäfts gegen die §§ 134 und 138, sowie gegen die §§ 656 und 762 nicht geltend gemacht werden. Nur eine *exceptio in personam* wird dem Schuldner gewährt.[1])

Endlich sei noch für das Sachenrecht hervorgehoben, dass selbst, wenn der dingliche Vertrag unter den Kontrahenten wegen des Verstosses gegen die §§ 134, 138 nichtig und z. B. bei der Tradition das Eigentum demgemäss nich

---

[1]) Vgl. Oertmann, Kom. § 762 N. 3 a. E., Abstr. Verspr. S. 107; Hellwig S. 237 f. A. 537; Planck § 762 N. 3; Kohler, Arch. f. Bürg. R. Bd. 12 S. 355; Grünhut I S. 454; Rehbein, Kom. W.O. a. 82 N. 6; Staub, Kom. W.O. a. 82 § 33 f. S. 194 ff., 4. Aufl. S. 209 ff. Vgl. ferner R.G. 11 S. 2, 39 S. 142, R.O.H.G. 3 S. 360, 10 S. 387, 41 S. 144.

übergegangen ist, ein dritter gutgläubiger Erwerber nach dem Grundsatz „Hand wahre Hand“[1]) nach § 932 B.G.B. doch Eigentümer wird und nur eventuell nach § 822 mit einer *condictio* zur Herausgabe gezwungen werden kann. Dasselbe gilt wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach den §§ 892 ff. auch für die Rechte an Grundstücken.

Anders ist es natürlich, wenn der dingliche Vertrag mit dem Dritten aus demselben Grunde, wie der zwischen den ersten beiden Kontrahenten, nichtig ist, z. B. weil auch er gegen ein gesetzliches Veräusserungsverbot verstösst.[2]) In diesem Falle wird selbstverständlich auch der dritte gutgläubige Erwerber nicht Eigentümer.

---

[1]) **Dasselbe sagt die Parömie: „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da musst du ihn wieder suchen“.**

[2]) **Vgl. oben S. 76.**

C. Schluss.

Die Tragweite des § 138 und die schwierige Aufgabe des Richters.

Trotzdem hiernach die §§ 134, 138 B.G.B. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte, zumal auch dritten gutgläubigen Personen gegenüber, nicht in ihrem vollen Umfange Anwendung finden, sondern dies nur dann erreichen, wenn sich die Verbotswidrigkeit oder Unsittlichkeit auf den abstrakten Akt selbst und nicht bloss auf seine *causa* erstreckt, so ist dennoch ihr Geltungsgebiet von fast unermesslicher Ausdehnung. Es gilt der § 134 nicht bloss für Verbote, die im B.G.B. ihren Ausdruck gefunden haben, sondern überhaupt für alle gesetzlichen Verbote. Vor allem aber ist die Tragweite des § 138 die denkbar weiteste.[1]) Ja, man kann wohl sagen, dass seine weitgehende Fassung die Vernichtung eines Rechtsgeschäfts aus Gründen des Zweckes und der begleitenden Umstände ermöglichen, die weit ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Rahmens gelegen sind.[2]) Um nur einen kleinen Begriff von der Bedeutung des § 138 zu erhalten, vergegenwärtige man sich bloss die Dienst- und Arbeitsverhältnisse auf

[1]) Vgl. Cohn S. 788 f.; Steinbach S. 18 f, 62 ff.; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 735; Lotmar S. 80; Jakobi S. 103; Hachenburg S. 59.

[2]) Vgl. Lotmar S. 79; Steinbach S. 9 ff.; Grabscheid S. 376.

allen Gebieten des modernen Lebens, die Koalitionen, Ringe und Kartelle im heutigen Vermögensverkehr und endlich die Macht des Grosskapitals im ganzen Vermögensrecht. In wie zahlreichen Fällen kann man hier nicht von unsittlichen Verträgen, von einer Notlage und deren Ausbeutung, von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Lohn, von Verträgen, die „insbesondere“ gegen die guten Sitten verstossen, reden! Dazu erinnere man sich nur der Unsicherheit, die auf diesem Grenzgebiet von Recht und Moral im bisherigen Recht in Praxis und Wissenschaft herrschte,[1]) gedenke der Bestimmungen der §§ 157, 226, 826, Bestimmungen, wie sie in dieser Art einzig und allein das B.G.B. aufweist, und man wird sagen müssen, dass das Gesetz hier dem Richter eine ungemein schwierige Aufgabe erteilt hat.[2]) Denn hier, wo das Gesetz auf „die guten Sitten“ und auch da, wo es auf Treu und Glauben, auf die Billigkeit und die Rücksichtnahme auf die Nebenmenschen verweist, ist es für das Gesetz unmöglich, von sich aus zu bestimmen, in welchen Fällen ein Rechtsgeschäft hiergegen verstösst, und den Richter mit erschöpfenden Rechtsnormen zu versehen.[3]) Es muss ihn aus seiner Führung entlassen und ihn auf die in unserem Volk gemeingültige Ueberzeugung von Sittlichkeit, Gerechtigkeit nnd Billigkeit verweisen, um an deren Hand

---

[1]) Vgl. auch den Streit, der sich für das B.G.B. erhoben hat, ob in unserem Falle eine Rechts- oder Thatfrage vorliegt und daher Revision zulässig oder unmöglich ist. Meines Erachtens haben wir es mit einer Rechtsfrage zu thun. Ebenso Enneccerus S. 224, 2. Aufl. S. 247; Lotmar S. 91; Leonhard S. 373; Grabscheid S. 376ff.; Endemann i. d. Besprechg. von Lotmar i. d. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 41 S. 522; Jakobi S. 103. Dagegen z. B. Crome I S. 373 A. 5.

[2]) Vgl. bes. noch die §§ 133, 242, 315, 317, 319, 343, 829, 847, 1300; Cohn S. 797: „§ 138 ist eine Fundgrube für juristische Kontroversen“. Eccius Bd. 41 S. 735: „Für die Praxis des Reichsrechts liegt hier sicher eine Quelle vieler Zweifel und Unklarheiten“.

[3]) Steinbach S. 11. Vgl. auch oben S. 80.

und nicht an der des Gesetzes die Entscheidung in den einzelnen Fällen zu suchen. Zwar hat der Gesetzgeber die Nichtigkeit über eine Reihe von verwerflichen Geschäften durch besondere Bestimmungen verhängt und dadurch die schwierige Aufgabe des Richters erleichtert,[1]) so dass er nicht mehr zu prüfen braucht, ob er etwa auf Grund des allgemeinen Begriffs des Verstosses gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die Sittlichkeit zu demselben Resultate gekommen wäre,[2])[3]) aber dennoch ist seine Aufgabe noch eine sehr schwere und verantwortungsvolle.

Denn ihm ist jetzt gleichsam das zur Pflicht gemacht, was nach den Ausführungen Kohlers[4]) über den Shylock'schen Schein in Shakespeare's „Kaufmann von Venedig" infolge der unzureichenden Wirksamkeit der Gesetzgebung von der Rechtspflege bisher „instinktmässig", „oft völlig unbewusst und ahnungslos" ausgeübt wurde. Mit Recht kann man daher wohl Steinbach darin beistimmen, dass die Gesetzgebung auf diese Art den Richter zum unmittelbaren Organ für die Erkenntnis und den Ausdruck der Entwickelung des Rechtsgefühls macht und es ihm überlässt, die einzelnen vorkommenden Fälle vom Standpunkt des sich entwickelnden Rechtsgefühls zu beurteilen. Denn es wird in der That dem Richter übertragen, von Fall zu Fall die Grenzen festzusetzen, welche dem Einzelinteresse bei der Begründung und Ausübung subjektiver Rechte durch das Gesamtinteresse gezogen sind.[5]) Dies gilt eben-

---

[1]) Vgl. z. B. die §§ 137, 138 II, 247, 248, 276 II, 310, 311, 312, 399, 443, 476, 533, 540, 541, 567, 617—619, 624, 626, 723, 749, 795 u. s. w.

[2]) z. B. wegen der etwa eintretenden wirtschaftlichen Sklaverei in den Fällen des § 310 die Nichtigkeit auszusprechen.

[3]) Vgl. auch Kipp S. 13; Lotmar S. 100; Steinbach S. 20 f.; Leonhard S. 378; Szkolny und Caro § 138 N. 2 (Planck § 626 A. 4).

[4]) Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 82 ff.; Steinbach S. 78 ff., 84.

[5]) Steinbach S. 100.

sosehr für die Anwendung des ausländischen wie des deutschen Rechts. Denn die Anwendung eines fremden Gesetzes ist ausdrücklich ausgeschlossen, wenn es der Sittlichkeit oder dem Zweck eines deutschen Gesetzes widerspricht.[1]) Eine solche Aufgabe ist der Rechtspflege seit den Tagen, wo unter der alten Linde von den freien Volksgenossen das Recht „gefunden" wurde, noch nicht übertragen worden.[2]) Dass dies vollständig der Ansicht derer entgegensteht, die, wie schon Aristoteles[3]) und Justinian und in der neueren Zeit das bevormundende preussische Allgemeine Landrecht es für die Hauptaufgabe einer guten Gesetzgebung halten, alles selbst zu entscheiden und möglichst wenig der Willkür des Richters zu überlassen, ist natürlich. Aber wenn auch wegen des weiten Spielraums, der dem richterlichen Ermessen überlassen ist,[4]) diese für das B.G.B. wohl mit am meisten charakteristischen Bestimmungen nicht ohne Bedenken sind,[5]) so kann man doch wohl der Erwartung der gesetzgeberischen Körperschaften[5]) ruhig zustimmen,[6]) dass der deutsche Richterstand diese Vorschriften im grossen und ganzen nur in dem Sinne, in dem sie gegeben wurden, anwenden werde. Denn wenn auch bisher die deutschen Juristen an solche verantwortungsvolle Freiheit nicht gewöhnt waren, so wird man doch wohl zum mindesten hoffen dürfen, dass gerade die schmiegsamen Paragraphen des B.G.B., die dem sklavisch am Buchstaben Hängenden schlechthin keinen Halt gewähren, bald gerade auf diesem Gebiete

---

[1]) a. 30 E.G. B.G.B; C.P.O. § 328 Z. 4 § 723.

[2]) Vgl. Fuld S. 173, Motive I S. 211.

[3]) Rhetorik I Cap. I; Steinbach S. 101.

[4]) Vgl. bes. oben S. 91.

[5]) Motive I S. 211.

[6]) Ebenso Oertmann: „Das Recht des Schadensersatzes im Deutschen B.G.B. in der Allg. Oesterr. Gerichtsztg. 1898 Bd. 49 S. 81. Dagegen Grabscheid S. 376 f.

eine wohlthätig erzieherische Wirkung ausüben werden.[1]) Sodann sind aber auch gerade im deutschen Reich, in dem die Kabinettsjustiz schon beinahe der Legende angehört, die rechtsprechenden Behörden mit den stärksten Garantien zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit und Unbefangenheit ausgestattet und haben sich wenigstens bisher als fähig erwiesen, die gesetzlichen Vorschriften, unbeeinflusst von sozialen, politischen und religiösen Strömungen und Bestrebungen *sine ira et studio* auszulegen. Wenn infolge der Bestimmung des B.G.B. nun das sittliche Moment in ungleich höherem Masse, als bisher, sich als wirksamer Faktor bei der praktischen Rechtsausübung erweisen wird, wenn die dem Rechtserwerb und der Rechtsanwendung durch die Gesellschaftsmoral gezogene Schranke eine unvergleichlich intensivere sein wird, als in den bisherigen Perioden der Rechtsentwickelung, so darf man[2]) hierin wohl einen der bemerkenswertesten Fortschritte erblicken, welchen die Menschheit seit Untergang der Antike aufzuweisen hat.

Dass die deutsche Gesetzgebung diesen Fortschritt in das positive Recht eingeführt hat, gereicht ihr zum dauernden Ruhme.

---

[1]) **Ebenso Oertmann l. c.**

[2]) **Ebenso Fuld S. 174 f.**

Lebenslauf.

Ich, Ernst Heise, wurde am 3. März 1879 als Sohn des Kaufmanns Adolf Heise und seiner Ehefrau Florentine, geb. Schulz, zu Neu-Ruppin geboren. Hier besuchte ich auch das Gymnasium und verliess dasselbe Ostern 1898 mit dem Zeugnis der Reife. Von Ostern bis Michaelis 1898 studierte ich in Heidelberg, von Michaelis 1898 bis Ostern 1900 in Kiel und von Ostern 1900 bis Ostern 1901 in Berlin die Rechtswissenschaft. Die erste juristische Prüfung bestand ich am 30. September 1901 in Berlin. Zum Referendar ernannt, wurde ich dem Amtsgericht Rheinsberg i. d. Mark überwiesen. Am 27. Februar 1902 bestand ich in Rostock die juristische Doktorprüfung.